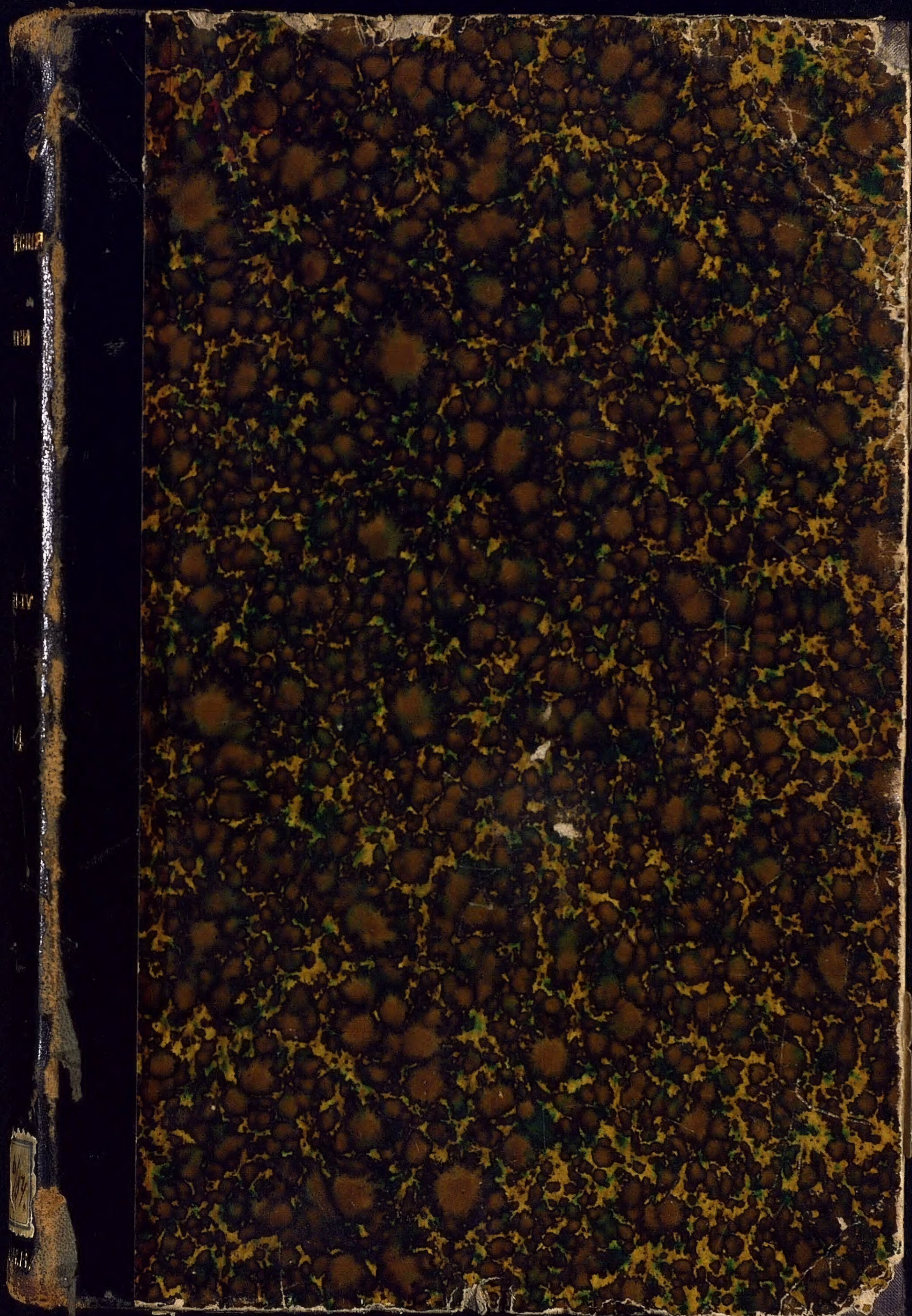


# ЮРИДИЧЕСКІЯ ЗАПИСКИ

издаваемыя

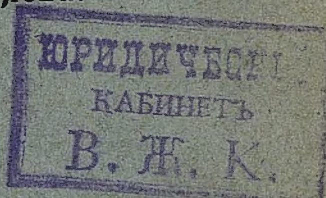
Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ.

1914 г. Вып. III (XXI).

Подъ редакціей:

Б. А. Кистяковскаго, А. Р. Свирщевскаго,

Л. С. Таля и В. Н. Ширяева.




ЯРОСЛАВЛЬ.
1914.

# ЮРИДИЧЕСКІЯ



# ЗАПИСКИ

издаваемыя
Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ.

1914 г. Томъ седьмой. Вып. XIX—XXII.

---

Подъ редакціей:

Б. А. Кистяковскаго, А. Р. Свирщевскаго,
Л. С. Таля и В. Н. Ширяева.



ЯРОСЛАВЛЬ.
1914.

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ Лицея В. Щегловъ.

Типографія Губернскаго Правленія.

# ОГЛАВЛЕНІЕ СЕДЬМАГО ТОМА

## ЮРИДИЧЕСКИХЪ ЗАПИСОКЪ.

### (Выпусковъ XIX—XXII, 1914 года).

**Изъ иностранныхъ журналовъ.**



**Хроника.**



**Критика и библіографія.**

# ЮРИДИЧЕСКІЯ ЗАПИСКИ

издаваемыя

Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ.

1914 г. Вып. III (XXI).

Подъ редакціей:

Б. А. Кистяковскаго, А. Р. Свирщевскаго,
Л. С. Таля и В. Н. Ширяева.



ЯРОСЛАВЛЬ.
1914.

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ Лицея В. Щегловъ.

Типографія Губернскаго Правленія.

# Оглавленіе.

# Значеніе теоріи общественнаго права для науки административнаго права.

Н. Н. Голубева.

## I.

Теорія общественнаго права была формулирована въ серединѣ XIX столѣтія въ качествѣ ученія оппозиціоннаго идеѣ полицейскаго государства. И въ Австріи, и въ Германіи, и въ Россіи оставалось въ то время еще не мало наслоеній, сохранившихся отъ пережитой уже тогда Западною Европою эпохи всевластія полиціи и широкаго государственнаго вмѣшательства во всѣ стороны народной и общественной жизни. Но въ тоже время уже сложились и начали развиваться элементы правового государства, и общественныя силы стали призываться къ государственному управленію, въ помощь къ дѣятельности правительства направленной для водворенія общественнаго блага. Мысль о созданіи общественнаго права и навѣяна была тою крупною ролью, какую стали играть въ культурной жизни государства органы самоуправленія и разнаго рода общественные союзы. Стремленіе оградить ихъ отъ чрезмѣрной опеки бюрократіи, отведя имъ соотвѣтствующее мѣсто въ юриспруденціи, и сократить размѣры полицейскаго вмѣшательства въ соціальную жизнь народа—таковы тѣ скрытыя пружины, какія побудили создать теорію особаго общественнаго или соціальнаго права, какъ

самостоятельной отрасли правовѣдѣнія. Таковы причины возникновенія и разцвѣта указанной теоріи [1]).

Историческое значеніе этой теоріи состоитъ въ томъ, что общество въ ней разсматривается не какъ объектъ управленія, какъ это было въ эпоху полицейскаго государства, а какъ субъектъ управленія; внутреннее управленіе здѣсь понимается преимущественно какъ сфера проявленія общественной самодѣятельности; эта теорія не только доказываетъ возможность и необходимость участія общества въ дѣлахъ внутренняго управленія, но и стремится выдвинуть впередъ общественный элементъ въ управленіи; въ основѣ ея лежитъ понятіе не о государствѣ, а объ обществѣ, участіе послѣдняго въ управленіи она представляетъ какъ дѣятельность самостоятельную, а не какъ дѣятельность по уполномочію государственной власти [2]).

Какъ исторически необходимое обоснованіе извѣстныхъ притязаній общественныхъ силъ на участіе въ администраціи, эта теорія сослужила хорошую службу въ эпоху первоначальнаго осуществленія этихъ притязаній; но, сыгравъ свою историческую роль, она утратила нынѣ свое прежнее значеніе. Не только для полицеиста, но и для административиста она уже не представляетъ насущной необходимости. Когда общественныя притязанія нашли полное и непререкаемое осуществленіе, нѣтъ надобности прибѣгать для ихъ оправданія къ этой теоріи, тѣмъ болѣе, что она принципіально съ формальной стороны не выдерживаетъ критики; поскольку же она вѣрно съ матеріальной стороны истолковываетъ существо управленія, то это правильное освѣщеніе дѣйствительности достигается хорошо и безъ ея наличности при помощи другихъ общепризнанныхъ теорій. Необходимая въ эпоху господ-

---

[1]) См. М. Шпилевскій. Полицейское право, какъ самостоятельная отрасль правовѣдѣнія. Одесса. 1875, стр. 107. — А. Горбуновъ. Методологическія основы дисциплинъ, изучающихъ дѣятельность государства. I. Часть историческая. Вып. I. Москва, 1906, стр. 204.—А. И. Елистратовъ. Основныя начала административнаго права. Москва, 1914, стр. 57.

[2]) См. И. Т. Тарасовъ. Очеркъ науки полицейскаго права. Москва, 1897, стр. 3—4 и 42 и Лекціи по полицейскому (административному) праву. Томъ I. Москва, 1908, стр. 16, 246 и 249.

ства идей полицейскаго государства, она перестала быть нужной въ эпоху правового государства; она становится даже вредной, по мѣрѣ того какъ правовое государство постепенно проникается тенденціями «государства хозяйственнаго». Поэтому въ наше время далеко нельзя считать ее панацеей, наилучшимъ объясненіемъ и выраженіемъ насущныхъ проблемъ внутренняго управленія.

Въ этомъ отношеніи въ литературѣ высказывались преувеличенныя, на нашъ взглядъ, надежды на ея блестящее будущее. Это преклоненіе передъ этой теоріей выразилось въ наукѣ административнаго права въ двоякомъ направленіи.

Во-первыхъ полагали, что, какъ полицейское право смѣнилось правомъ административнымъ, такъ и это послѣднее должно будетъ со временемъ уступить мѣсто праву общественному. Во-вторыхъ въ общей системѣ всѣхъ отраслей права праву общественному отводили мѣсто самостоятельной вѣтви, параллельной праву публичному и праву частному.

Предсказаніе замѣны административнаго права общественнымъ правомъ донынѣ не осуществилось; надо замѣтить, что число сторонниковъ теоріи общественнаго права, вообще говоря, сравнительно невелико; высказывается эта теорія нынѣ довольно рѣдко и по исключенію, изолированно и случайно; такъ что пока еще не только нѣтъ всеобщаго признанія этой теоріи, но и среди ея сторонниковъ лишь немногіе въ наше время высказываютъ мысль о томъ, что общественное право знаменуетъ собою дальнѣйшее развитіе полицейскаго права и что оно, если считать первой ступенью науку о полиціи, представляетъ собою четвертую ступень развитія полицейской науки [1]).

Впервые мысль объ общественномъ правѣ, какъ самостоятельной отрасли юриспруденціи, была высказана австрійскимъ ученымъ Морицемъ Гейсслеромъ, но онъ не развилъ подробно своей теоріи; общество онъ отож-

---

[1]) См. напр. И. Т. Тарасовъ. Очеркъ науки полицейскаго права. Москва, 1897, стр. 3 и Лекціи по полицейскому (административному) праву. Томъ I. Москва, 1908, стр. 16.

дествляетъ съ народомъ, опредѣляя его какъ «das volksmässig zusammenhängende und geschlossene Ganze» и потому его право общества, какъ произведенiе не принадлежащее ни государству, ни индивиду, а усвояемое всему народу въ цѣломъ, весьма неопредѣленно; спрашивается, легко ли констатировать проявленiе этого народнаго права, выражаемаго совокупностью ничѣмъ не организованныхъ гражданъ, и какъ отличить его нормы отъ нормъ другихъ вѣтвей права, или регулирующихъ обособленную жизнь индивида, или же опредѣляющихъ всеобъемлющую дѣятельность государства [1]).

Иначе понималъ общество Робертъ фонъ-Моль: именно какъ «eine Vielheit ganz verschiedenartiger kleiner Kreise innerhalb des Volkslebens, deren Krystallisationskern ein den Genossen gemeinschaftliches Sonderinteresse ist»; это опредѣленiе, основанное на близкомъ знакомствѣ съ дѣйствительно существующими соцiальными отношенiями, повело къ противопоставленiю общественныхъ интересовъ частнымъ и государственнымъ интересамъ и къ выдѣленiю общественнаго права (die Gesellschaftsrecht), регулирующаго свободную соцiальную жизнь общественныхъ союзовъ, изъ области государственныхъ наукъ въ качествѣ особой отрасли соцiальныхъ наукъ [2]); но и нѣмецкiй ученый не опредѣлилъ въ точности ни содержанiя новой науки, ни ея системы, равно какъ ея отношенiя къ наукѣ полицейскаго права; хотя онъ вскользь и упоминаетъ, что понятiе объ обществѣ должно имѣть большое влiянiе на разработку полицейской науки, но въ чемъ именно должно проявиться это влiянiе, онъ этого не пояснилъ вовсе [3]).

Проф. В. Н. Лешковъ первый не только въ русской, но и въ западно-европейской литературѣ высказалъ мысль о необходимости превращенiя науки полицей-

---

[1]) M. Heyssler. Die Gesellschaft und ihre Stellung im System des Rechts. Magazin für Rechts=und Staatswissenschaft 1850, Band II, S. 388.

[2]) R. von Mohl. Die Staatswissenschaften und die Geselschaftswissenschaffen—статья въ Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 1851, Heft I, перепечатанная въ его Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. I Band. Erlangen 1855, S. 102.

[3]) См. здѣсь же, S. 110.

скаго права въ науку общественнаго права и представилъ довольно подробный планъ этой науки [1]).

У Генриха Аренса въ его «Естественномъ правѣ» дается попытка философски опредѣлить содержаніе общественнаго права, какъ права государства въ отношеніи къ различнымъ общественнымъ жизненнымъ и культурнымъ сферамъ, но у него содержаніе публичнаго общественнаго права намѣчается лишь въ самыхъ общихъ чертахъ, и это неудивительно, такъ какъ непосредственной его цѣлью было опредѣлить отношеніе государства къ обществу, а не дать полное ученіе объ общественномъ правѣ [2]).

Германъ Резлеръ придалъ своему курсу нѣмецкаго административнаго права названіе «право соціальнаго управленія» (das sociale Verwaltungsrecht) и такимъ образомъ впервые далъ учебникъ догмы общественнаго права Германіи; по его представленію общественное право составляетъ часть административнаго права; матеріальное право управленія распадается на политическое и на соціальное право управленія; это соціальное право управленія и есть общественное право, практически оно обнимаетъ собою тотъ матеріалъ, который ранѣе именовался нормами полицейской дѣятельности; только полиціи онъ отводитъ въ соціальномъ управленіи болѣе тѣсный кругъ дѣятельности, передавая значительную часть ея функцій обществу; такимъ образомъ Резлеръ первый изъ западно-европейскихъ ученыхъ указалъ на возможность переименованія полицейскаго права въ общественное право [3]).

Проф. М. М. Шпилевскій въ своемъ очеркѣ исторіи литературы полицейскаго права построилъ систему общественнаго права и распредѣлилъ по ней весь тотъ

---

[1]) См. В. Лешковъ. Русскій народъ и государство. Исторія русскаго общественнаго права до XVIII вѣка. Москва, 1858, стр. 1—32.

[2]) H. Ahrens. Naturrecht. II Band, 6 Aufl. Wien 1871, S. 476.

[3]) H. Roesler. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht. I Band. Das sociale Verwaltungsrecht. I Abtheilung. Erlangen 1872, 568 стр. и II Abtheilung. Erlangen 1873, 684 стр. Разборъ ученія Резлера дали W. Lustkandl. Zur Lehre von Staat und Gesellschaft und ihre Verwaltung. Zeitschrift für Privat=und öffentliche Recht 1874, I Band S. 584—607 и 637—679 и C. von Stengel. Begriff, Umfang, und System des Verwaltungsrecht. Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. 1882, S. 232—257.

матеріалъ, который излагается въ учебникахъ полицейскаго и административнаго права. Онъ является рѣшительнымъ и убѣжденнымъ сторонникомъ замѣны стараго названія новымъ, соотвѣтствующимъ болѣе нашему времени: наука общественнаго права не пріобрѣла, пишетъ онъ, до настоящаго времени полнаго права гражданства въ области юриспруденціи. До сихъ поръ еще мысль объ отдѣленіи общественнаго права отъ права государственнаго и гражданскаго и о превращеніи полицейскаго права въ обширномъ смыслѣ слова въ право общественное имѣетъ много противниковъ. Между тѣмъ, только отъ такого превращенія, по нашему мнѣнію, зависитъ вся будущая судьба науки полицейскаго права, такъ какъ только понятіе объ обществѣ можетъ сообщить единство разнообразному и пестрому матеріалу этой науки и чрезъ то окончательно опредѣлить ея настоящія границы. Только превращеніе науки полицейскаго права въ науку права общественнаго можетъ дать первой вполнѣ самостоятельное положеніе въ кругу другихъ юридическихъ наукъ. Общественное право, какъ самостоятельная отрасль правовѣдѣнія, обнимаетъ собою тотъ же самый юридическій матеріалъ, который до послѣдняго времени разрабатывался подъ именемъ полицейскаго права въ обширномъ смыслѣ, и административнаго права въ тѣсномъ смыслѣ [1]).

Въ небольшой брошюрѣ К. Фрикера высказывается мысль о томъ, что въ противоположность правовому порядку государства существуетъ правовой порядокъ общества, составляющій собою важнѣйшую часть управленія, но эта мысль не развита авторомъ обстоятельно и въ подробностяхъ [2]).

## II.

Изъ этого историческаго перечня сторонниковъ теоріи общественнаго права видно, что соціальное право

---

1) М. Шпилевскій. Полицейское право, какъ самостоятельная отрасль правовѣдѣнія. Одесса, 1875, стр. 129 и 143.

2) K. Fricker. Ueber den Begriff des Rechts der inneren Verwaltung Leipzig, 1888.

осталось до сего времени лишь мечтой, которая до сихъ поръ манитъ и привлекаетъ къ себѣ многихъ юристовъ [1]), но которая въ полномъ и систематическомъ видѣ развивается всего лишь тремя лицами; къ разбору этихъ трехъ оригинальныхъ ученій—Лешкова, Резлера и Шпилевскаго—и къ выясненію ихъ современнаго значенія для науки административнаго права мы теперь и обратимся.

Прежде всего бросается въ глаза неопредѣленность самаго понятія общества. У Резлера мы встрѣчаемъ часто упоминанія о «юридическомъ опредѣленіи общества», объ его «юридической идеѣ» и «юридическомъ принципѣ» его; но даваемое имъ опредѣленіе общества—«человѣчество, развивающееся въ свободной дѣятельности въ силу равныхъ законовъ» [2])—никоимъ образомъ нельзя считать юридическимъ понятіемъ; такое опредѣленіе не придаетъ обществу характера субъекта управленія; если понятіе государства есть понятіе юридическое, то понятіе неорганизованнаго человѣчества не можетъ считаться юридической величиной; это понятіе, въ качествѣ юридическаго института, не существуетъ реально, тогда какъ государство и индивидъ, какъ субъектъ права, суть реально существующія единицы. Впрочемъ это признаетъ и самъ Резлеръ, который въ концѣ концовъ сводитъ всѣ права общества къ правамъ государства и частныхъ лицъ и отрицаетъ у общества характеръ субъекта управленія: общество, пишетъ онъ, не представляетъ собою подобно государству самостоятельной личности съ особой юридической сферой субъекта правъ, но лишь простое общеніе лицъ, находящихся въ извѣстныхъ культурныхъ условіяхъ. Государство, въ отличіе отъ общества, является самостоятельною личностью, слѣдовательно и особымъ субъектомъ правъ; въ политическомъ управленіи, поэтому, субъектомъ всѣхъ входящихъ въ эту область правовыхъ отношеній является государство, въ области же соціальнаго управленія—не общество, а отдѣльные индивиды [3]).

---

1) Ср. А. Горбуновъ. Методологическія основы. Вып. I. Москва, 1906, стр. 204.

2) См. Roesler. S. 2.

3) Здѣсь же, S. 3, 7.

Но при такомъ положеніи вещей введеніе самаго понятія общества становится излишнимъ; общество у Резлера есть лишь мнимый субъектъ управленія, практически же всѣ права принадлежатъ отдѣльнымъ индивидамъ; понятіе общества служитъ для него лишь какъ бы лѣсами, которыя немедленно снимаются, какъ только готово зданіе общественныхъ правъ индивида. Если это такъ, то нѣтъ никакой надобности превращать полицейское право—ученіе о властеотношеніяхъ—или административное право—ученіе о правоотношеніяхъ—въ новое общественное право; не для чего замѣнять два старые термина, основанные на понятіи управленія (πολιτεία и administratio), на матеріальной дѣятельности и матеріальныхъ, объективныхъ отношеніяхъ, новымъ терминомъ, выводимымъ изъ понятія общества, формальнаго, субъективнаго по своему существу понятія. Этого воображаемаго общества, какъ единаго юридическаго лица вовсе нѣтъ, а потому нѣтъ и основаній для созданія новаго вида права, которое бы регулировало жизнь этой призрачной юридической личности.

Точно также и у Лешкова нѣтъ общества, какъ юридическаго лица, и у него права общества сводятся къ правамъ отдѣльныхъ лицъ. Правда онъ говоритъ: ...«эта посредствующая среда, это соединительное звѣно (между государствомъ и частными лицами), есть государственное общество, которое, живя своею особенною жизнью, должно имѣть свои права и свою систему правъ, рядомъ и наравнѣ съ правами частныхъ лицъ и правами государства» [1]. Но въ другомъ мѣстѣ онъ утверждаетъ: «субъектами общественнаго права являются прежде всего семейства, общины, сословія, вообще органическія соединенія, представляющія собою весь народъ и все населеніе, все общество» [2]; такимъ образомъ это послѣднее является лишь простою суммою болѣе мелкихъ соединеній, а не органическимъ единствомъ въ юридическомъ смыслѣ; связью общества въ одно цѣлое является лишь физіологическое единство населенія, взя-

---

[1] Лешковъ, стр. I—II.
[2] Здѣсь же, стр. 17.

таго отдѣльно отъ государства. Отдѣльныя же права, принадлежащія этому обществу, въ сущности суть права отдѣльныхъ индивидовъ: ибо «общественное право состоитъ въ правѣ личности на ея развитіе, посредствомъ пользованія общественными установленіями, существующими въ государствѣ для этой цѣли» [1]); все это является непримиримымъ противорѣчіемъ утвержденію Лешкова, что «общество служитъ субъектомъ общественнаго права» [2]), утвержденію, которое вовсе не отразилось ни на объемѣ, ни на содержаніи его науки общественнаго права [3]). Нельзя не согласиться съ замѣчаніемъ проф. Ѳ. М. Дмитріева, что общественное право Лешкова «вовсе не новая наука, даже не сборъ для нея матеріаловъ, это—полицейское право. нисколько не измѣнившее свое содержанія, точно полкъ, которому перемѣнили имя» [4]). Общество Лешкова—это «загадочное существо, неуловимое какъ призракъ»; отдѣльныя общества, входящія въ составъ общества въ широкомъ смыслѣ, не только, вопреки опредѣленію Лешкова, не являются субъектами общественнаго права, но даже не представляютъ собою необходимыхъ посредниковъ между государствомъ и частнымъ лицомъ. Государство постоянно обращается прямо къ послѣднему и, если и пользуется общинами, то на томъ же основаніи какъ и своими чиновниками. Вообще общества у Лешкова вовсе не составляютъ того «промежуточнаго существа», о которомъ онъ говоритъ въ своемъ предисловіи къ «Исторіи русскаго общественнаго права до XVIII вѣка» [5]). Это общество надо понимать лишь въ смыслѣ общей жизни людей вмѣстѣ, подъ дѣйствіемъ общихъ законовъ, т. е. вовсе отказаться отъ мысли усвоить обществу характеръ юридическаго лица, а общественнымъ правамъ—значеніе правъ принадлежащихъ обществу въ его цѣломъ; это равносильно отказу отъ пользованія тер-

---

1) Здѣсь же, стр. 22.

2) Здѣсь же, стр. 24.

3) И. Т. Тарасовъ. Лекціи по полицейскому (административному) праву. Москва, 1908, стр. 249.

4) Сочиненія Ѳ. М. Дмитріева. Томъ II. Москва, 1900, стр. 168.

5) Здѣсь же, стр. 171.—Ср. также критическія замѣчанія въ статьѣ И. К. Сухоплюева въ Русской Мысли 1907, № 2, стр. 108—109.

миномъ «общественное право», которое, вводя новыя понятія и новое реченіе, приходитъ къ тѣмъ же практическимъ результатамъ, что и развитая и сложившаяся доктрина административнаго права, обосновывающая публично-правовыя права и полномочія отдѣльныхъ лицъ. Различія по содержанію между административнымъ и общественнымъ правомъ нѣтъ вовсе, второе вполнѣ соотвѣтствуетъ первому.

Причина неуспѣха попытокъ Лешкова и Резлера объясняется тѣмъ, что оба они пытались разсматривать общество съ формальной стороны и хотѣли видѣть въ немъ субъектъ управленія. Между тѣмъ обращая вниманіе на формальную сторону общества, на его организацію, нельзя придти къ удачному рѣшенію; исключительное обращеніе къ формѣ общества и въ болѣе раннихъ, и въ болѣе позднихъ попыткахъ опредѣленія понятія общества вело къ односторонности, произвольности и разнообразію опредѣленій, къ метафизичности опредѣленій, къ призрачнымъ тѣнямъ научныхъ положеній. Общество прежде всего должно быть изучаемо съ матеріальной стороны, а не съ формальной. Ошибки Лешкова и Резлера удачно избѣгъ Шпилевскій, отказавшись вовсе отъ попытки конструировать общество въ качествѣ субъекта управленія [1]). Общество и государство находятся между собою въ тѣсной связи и въ постоянномъ взаимодѣйствіи. Въ жизни, въ дѣйствительности они существуютъ нераздѣльно. Государство есть союзъ народа, основанный на единствѣ верховной власти, общество же есть союзъ того же народа, основанный на общности, солидарности культурныхъ интересовъ. Хотя эти два союза людей и различаются между собою по цѣлямъ, но одинъ безъ другого существовать не могутъ [2]). Однако, не смотря на это, Шпилевскій все же удержалъ названіе общественнаго права, не взирая на то, что субъектами этого права являются у него отдѣльныя физическія и юридическія лица, т. е.

---

1) М. Шпилевскій. Полицейское право. Одесса, 1875, стр. 130.
2) Здѣсь же, стр. 131.

тѣ же лица, какъ и въ другихъ областяхъ права [1]), и не взирая на то, что задачей общественнаго права онъ считаетъ удовлетвореніе общечеловѣческимъ потребностямъ личности [2]).

## III.

Кромѣ указаннаго недостатка разбираемыя ученія погрѣшаютъ въ другомъ отношеніи: персонифицируя общество, они предоставляютъ ему всецѣло соціальное право управленія, устраняя вовсе государство отъ матеріальной дѣятельности для достиженія общественныхъ, соціальныхъ интересовъ. Между тѣмъ мыслить общественную жизнь внѣ воздѣйствія государственной власти можно лишь въ абстракціи. Такая абстрактная концепція можетъ служить лишь для политической экономіи, а не для административнаго права, которое отличается тенденціей къ конкретизаціи. Ученіе объ «экономическомъ обществѣ», возникшее на почвѣ протеста противъ полицейской дѣятельности государства и соединенное съ провозглашеніемъ принципа государственнаго невмѣшательства, при перенесеніи на почву полицейскаго права, должно подлежать существеннымъ исправленіямъ. Оно можетъ повести въ полицейскомъ правѣ лишь къ перемѣнѣ взгляда на отношеніе государства къ обществу: общество ранѣе представлявшееся въ видѣ пассивной массы индивидовъ, незнающей другого закона, кромѣ предписываемаго ей правительствомъ, теперь, въ новомъ освѣщеніи приданномъ ему экономистами, должно признаваться государствомъ въ качествѣ организма, подчиненнаго своимъ самобытнымъ законамъ, съ которыми государственная власть должна сообразоваться въ своихъ мѣропріятіяхъ, расчитанныхъ на поднятіе народнаго благосостоянія, если она желаетъ, чтобы послѣднія достигали своей цѣли [3]), другими словами соучастіе государства и общества въ общественной дѣятель-

---

1) Здѣсь же, стр. 174 и 181.

2) Здѣсь же, стр. 143.

3) В. Ф. Левитскій. Предметъ, задача и методъ науки полицейскаго права. Записки Харьк. Унив. 1894, кн. I, стр. 242.

ности неустранимо предполагается само собою. Устраненіе государства было бы невыгодно прежде всего для самого общества; не говоря уже о смягченіи государствомъ борьбы общественныхъ силъ, у государства есть потенціально бо́льшая возможность сдѣлать все лучше и полнѣе, чѣмъ у общества. Если является крайностью игнорированіе полицеистами XVIII вѣка общественныхъ отношеній, то не меньшею крайностью является съуженіе до минимума доминирующей роли государства въ экономической жизни, доходящее до поглощенія въ этомъ отношеніи идеи государства идеею общества. Вообще это ученіе объ обществѣ, явившееся реакціей противъ идей полицейскаго государства, должно быть исправлено въ соотвѣтствіи съ дѣйствительною ролью государства и общества въ области внутренняго управленія. Пока еще мы не можемъ мыслить общество внѣ государства, безъ котораго общество не въ состояніи дѣйствовать юридически; общество будетъ единственнымъ субъектомъ общественнаго права только тогда, когда исчезнетъ вовсе государство въ качествѣ конкурирующаго дѣятеля; доселѣ же общественное право есть лишь право государства, отправляемое при соучастіи общества; высшимъ культурнымъ общеніемъ является не общество, а государство; какъ и частное лицо, такъ и общественный союзъ свои права находитъ лишь въ государствѣ и при его помощи ихъ осуществляетъ и ими пользуется. Если сравнить современную дѣятельность государства и общества на поприщѣ администраціи, то еще вопросъ, чья дѣятельность важнѣе, больше, существеннѣе; скорѣе можно признать, что преобладаетъ и даетъ болѣе государство, а не общество; безъ государства обойтись немыслимо, тогда какъ безъ общества— вполнѣ возможно, что и доказывается цѣлыми вѣками существованія полицейскаго государства, когда самоуправленіе и общественная дѣятельность играли ничтожную роль въ государственной жизни. Историческая заслуга государственной власти именно и состоитъ въ томъ, что постепенно государственная регламентація захватываетъ все бо́льшее и бо́льшее число отношеній. Кромѣ того жизнь новыхъ народовъ вмѣсто удаленія

непосредственнаго участія государства въ экономической жизни требуетъ болѣе дѣятельнаго его участія и съ каждымъ днемъ все болѣе и болѣе въ общественномъ сознаніи народовъ получаетъ значеніе мысль о хозяйственномъ государствѣ, которое обнимало бы собою всѣ стороны народнаго благосостоянія, о культурномъ государствѣ, которое не ограничивалось бы одною охраною безопасности общества, о трудовомъ государствѣ, которое обезпечивало бы интересы массъ населенія. Нельзя не признать справедливости словъ Киссельбаха: «мы находимся въ какомъ то переходномъ состояніи: прежнія государственныя теоріи теряютъ авторитетъ, а новыя еще не установились. Причина этого явленія заключается въ требованіяхъ хозяйственнаго государства (Wistschaftsstaat), предъявляемыхъ къ государству правовому» [1]. Соотвѣтственно этому нѣкоторые ученые сочувственно относятся къ привнесенію въ начала правового государства началъ хозяйственнаго государства и, какъ напр. проф. А. Я. Антоновичъ, полагаютъ, что полицейское право имѣетъ задачей обосновать принципы для хозяйственнаго государства, развивать правооснованія дѣятельности этого послѣдняго [2].

Этому противорѣчитъ неосновательное утвержденіе Резлера: «въ политическомъ управленіи субъектомъ права является государство, въ соціальномъ—отдѣльныя лица; подобно тому какъ нельзя представить себѣ субъектомъ финансовой и военной власти отдѣльнаго индивида, такъ точно немыслимо юридическое распространеніе соціальныхъ жизненныхъ отношеній (здоровья, обученія, промышленности) на государство» [3].

Точно также и Лешковъ устраняетъ почти всякое непосредственное участіе государства въ дѣлѣ развитія и охраненія общественныхъ интересовъ: онъ относитъ «къ составу интереса общественнаго» все, что совершается общинами, сословіями и всѣмъ народомъ [4].

1) Kiesselbach. Socialpolitische Studien. 1862. S. 105.
2) А. Я. Антоновичъ. Курсъ государственнаго благоустройства. Ч. I Кіевъ, 1890, стр. 15 и 93.
3) Roesler, S. 7.
4) Лешковъ, стр. 6—7.

Вообще соединившееся съ понятіемъ объ обществѣ представленіе о самоуправленіи, о соціальной свободѣ общественныхъ союзовъ привело къ тому, что, вопреки очевидности и дѣйствительности, была порвана въ теоріи общественнаго права непосредственная связь между обществомъ и государствомъ; между тѣмъ, какъ болѣе вѣрно замѣчаетъ Шпилевскій, можетъ быть рѣчь о правѣ общества на развитіе и охраненіе его интересовъ лишь при содѣйствіи и подъ надзоромъ правительства [1]). Общество можетъ преслѣдовать свои цѣли лишь не нарушая государственныхъ цѣлей и преслѣдуя свои цѣли, оно выступаетъ лишь въ качествѣ органа государства; государство допускаетъ общество къ дѣятельности въ области неполитическихъ, соціальныхъ интересовъ, оно не допускаетъ этого соучастія лишь въ области политическихъ, государственныхъ интересовъ. Вообще ученіе объ обществѣ какъ объ общеніи людей отличномъ отъ государства не есть правовое ученіе, какъ не было бы таковымъ и ученіе о государственной власти, взятой внѣ представленія о государствѣ, какъ совокупности подданныхъ.

Единственно цѣнное, что дала теорія общественнаго права для науки административнаго права, является именно противопоставленіе интересовъ политическихъ и соціальныхъ и отношеній политическихъ и культурно-соціально-экономическихъ. Такъ Лешковъ говоритъ о различіи политическаго, общественнаго и гражданскаго интереса [2]), Резлеръ—о политическомъ и соціальномъ правѣ управленія [3]), Шпилевскій—о соціальныхъ и политическихъ цѣляхъ и интересахъ [4]). Но этого слишкомъ мало, для того, чтобы усвоить всей области неполитическихъ отношеній названіе общественныхъ отношеній. Это различеніе интересовъ политическихъ и неполитическихъ къ тому же покоится на различіи наукъ государственныхъ и соціальныхъ.

---

1) Шпилевскій, стр. 144.
2) Лешковъ, стр. 6—7, 14—16 и 27—28.
3) Roesler, S. 1.
4) Шпилевскій, стр. 130.

# IV.

Издавна все право дѣлится на публичное и частное; изъ вышесказаннаго очевидно, что такъ называемое соціальное право является частью публичнаго права. При этомъ нѣкоторые сторонники теоріи общественнаго права придавали этому послѣднему характеръ особой вѣтви права, самостоятельной и независимой какъ отъ права частныхъ лицъ, такъ и отъ права государства. У Лешкова напр. это выразилось въ различеніи права частнаго (или гражданскаго), общественнаго и государственнаго (или политическаго) [1]), у Шпилевскаго это проявилось въ подраздѣленіи всего внутреннегосударственнаго права на право частное и на право публичное, дѣлящееся въ свою очередь на государственное и общественное [2]). Соотвѣтственно этому и для международнаго права Шпилевскій намѣтилъ три отрасли: 1) международное государственное или междугосударственное право, 2) международное общественное или международное право въ тѣсномъ смыслѣ этого слова и 3) международное частное право [3]).

Новое названіе для международнаго административнаго права, усвоенное Шпилевскимъ покоится на различеніи интересовъ и отношеній частныхъ, соціальныхъ и государственныхъ въ международномъ общеніи. Подробно онъ не развилъ своей системы соціальнаго международнаго права, но изъ его замѣчаній объ общественномъ правѣ можно заключить, что общественное международное право онъ понималъ какъ право общества на развитіе его интересовъ подъ контролемъ правительствъ въ предѣлахъ международнаго общенія. Нынѣ эта область права удачнѣе называется международнымъ административнымъ правомъ, такъ что разница совре-

---

1) Лешковъ, стр. 27. Довольно сходно дѣлитъ все право одинъ современный публицистъ на политическое (касающееся государствъ), соціальное (касающееся всей совокупности подданныхъ) и частное (касающееся отдѣльныхъ индивидовъ), въ соотвѣтствіи съ чѣмъ намѣчаются и три вѣтви международнаго права, въ частности le droit international social. См. A. Pincitore. La physionomie moderne de droit international. Zeitschrift für Völkerrecht. 1908. III Band, I Heft, S. 44.

2) Шпилевскій, стр. 140.

3) Здѣсь же, стр. 140—141.

менной теоріи отъ ученія Шпилевскаго состоитъ лишь въ названіи [1]).

Далеко не такъ обстоитъ дѣло съ классификаціей проф. гр. Л. А. Камаровскаго, который, напротивъ, выдѣляетъ соціальное международное право изъ сферы публичнаго международнаго права въ видѣ особой и самостоятельной отрасли международнаго права, принципіально отличной отъ публичнаго международнаго права. По его мнѣнію «соціальное международное право составляетъ новѣйшую, какъ бы посредствующую область между двумя остальными его отдѣлами (т. е. публичнымъ и частнымъ международнымъ правомъ). Оно призвано охранять собственно общественные интересы, т. е. такіе, которые хотя и касаются частныхъ лицъ, но относятся главнымъ образомъ къ обществу въ цѣломъ и при томъ не съ политической стороны. Всю область относящихся сюда юридическихъ отношеній удобнѣе всего называть соціальнымъ международнымъ правомъ, становящемся въ срединѣ между публичнымъ и частнымъ правомъ» [2]). Характернымъ для соціальнаго международнаго права институтомъ онъ считаетъ международныя уніи, которыя «предметомъ своимъ имѣютъ охрану общественныхъ или соціальныхъ интересовъ, составляющихъ обширную, какъ бы среднюю сферу между интересами государствъ, какъ политическихъ единицъ, съ одной стороны, и интересами частныхъ лицъ—съ другой». Эти общественные интересы «своимъ предметомъ имѣютъ благосостояніе всего населенія, общества, какъ единаго и живого цѣлаго, независимо отъ его политическаго строенія и дробленія. Современные культурные народы постепенно стали уже слагаться въ такое единое общество и въ немъ, а не въ отдѣльныхъ государствахъ кроется истинный принципъ и сущность изучаемыхъ союзовъ, которые поэтому и должно называть общественными, соціальными. Адми-

---

[1]) Точно также лишь по терминологіи, а не по существу различна классификація международныхъ договоровъ, предложенная Г. Еллинекомъ (политическіе и административные договоры) и Ѳ. Ѳ. Мартенсомъ (политическіе и соціальные). См. Мартенсъ. Современное международное право. Томъ I. Изд. 3-е. Спб. 1895, стр. 414.

[2]) Гр. Л. А. Камаровскій. Международное право. Москва, 1897, стр. 6.

нистративная сторона въ нихъ—признакъ второстепенный. Эти организаціи составляютъ явленіе въ международной жизни совершенно новое и только еще слагающееся, поэтому къ нему не приложимы понятія и слова, которыми привыкли орудовать старая дипломатія и ея послѣдователи» [1]).

Эта какъ будто оригинальная терминологія является въ сущности перенесеніемъ въ науку международнаго права классификаціи внутренне-государственнаго общественнаго права, сложившейся на почвѣ полицейской науки, и повтореніемъ плохо понятаго гр. Камаровскимъ взгляда Лешкова; было бы ничего, если бы все ограничивалось лишь споромъ о словахъ и примѣненіемъ новаго термина, неизвѣстнаго наукѣ; вѣдь отъ названія административный характеръ уній не пострадаетъ; но серьезная ошибка заключается въ противопоставленіи соціальнаго права публичному, тогда какъ административное или соціальное международное право является лишь только частью публичнаго международнаго права [2]).

Этимъ мыслямъ гр. Л. А. Камаровскаго можно кромѣ того сдѣлать тотъ же упрекъ, какой дѣлается ученіямъ, внушившимъ ему эти мысли: эта международно-правовая теорія основывается, какъ и старинныя полицейско-правовыя теоріи, на отвлеченномъ понятіи общества, которое въ дѣйствительности не отдѣлимо отъ государства во внутреннегосударственномъ быту и отъ государствъ въ международныхъ отношеніяхъ. Общество, какъ мы видѣли, реально не существуетъ какъ единое юридически организованное цѣлое. Рѣшительное раздѣленіе двухъ понятій «государства» и «общества» въ смыслѣ самостоятельныхъ организацій, другъ друга исключающихъ, преслѣдующихъ діаметрально противоположныя цѣли и защищающихъ непримиримые между собою интересы, поведетъ лишь къ невѣрнымъ представленіямъ о характерѣ международныхъ органовъ,

1) Гр. Л. А. Камаровскій. Новые союзы государствъ въ области общественныхъ интересовъ. Русская Мысль 1898, стр. 146 и 152.

2) См. проф. П. Е. Казанскій. Моему критику, заслуженному профессору Московскаго Университета графу Л. А. Камаровскому. Записки Новоросс. Университета. Томъ 95. Одесса, 1903, стр. 421 и 428.

служащихъ интересамъ общества въ цѣломъ; эти органы носятъ административный характеръ, выполняютъ функціи управленія и поэтому не могутъ быть названы органами общества въ точномъ смыслѣ этого слова. Формально общество не проявляетъ во внѣ своего существованія въ видѣ особаго организованнаго соединенія не только въ государственномъ, но и въ международномъ быту.

Въ мнѣніи гр. Камаровскаго можно видѣть завершеніе теоріи общественнаго права въ томъ смыслѣ, что эта теорія приложена имъ къ отношеніямъ между всѣми народами вселенной. Но и ея разборъ приводитъ лишь къ подтвержденію той истины, что теорія общественнаго права имѣетъ нынѣ для науки административнаго и международнаго административнаго права значеніе лишь въ матеріальномъ отношеніи, въ качествѣ извѣстнаго комплекса нормъ расчитанныхъ на достиженіе интересовъ, не имѣющихъ ни политическаго оттѣнка, ни гражданско-правового содержанія.

---

# Законодательная сессія по русскому праву.

Н. И. Щукина.

При общей малой разработанности нашего конституціоннаго права вопросу о законодательной сессіи сравнительно посчастливилось: онъ былъ предметомъ обсужденія и законодательныхъ палатъ, и спеціальной—юридической—литературы. Въ послѣдней, кромѣ, такъ сказать, попутныхъ, но тѣмъ не менѣе подробныхъ, замѣчаній *Н. И. Лазаревскаго* [1], бар. *Б. Э. Нольде* [2], *Я. М. Магазинера* [3], *A Palme* [4] и *P. Chasles* [5], ему посвященъ рядъ статей въ «Правѣ»: *I. Яшунскаго* [6], *В. М. Гессена* [7], бар. *Б. Э. Нольде* [8] и *М. Б. Горенберга* [9]. Кромѣ того, по данному вопросу успѣла сложиться опредѣленная практика.

Не смотря на все это, настоящій вопросъ, однако, нельзя признать изученнымъ и разрѣшеннымъ окончательно. Стоитъ только просмотрѣть работы названныхъ авторовъ, какъ станетъ совершенно ясно, что о какой-либо

---

[1]) Лекціи по русскому государственному праву, т. I, изд. 2, Спб., 1910, стр. 343—359; его же, Русское государственное право, т. I, изд. 3, Спб., 1913, стр. 528—543.

[2]) Очерки русскаго государственнаго права, Спб., 1911, стр. 38—39.

[3]) Чрезвычайно-указное право въ Россіи (Ст. 87 Осн. Зак.). Спб., 1911, стр. 66—79.

[4]) Die Russische Verfassung, Berlin, 1910, 166—169.

[5]) Le Parlement russe, Paris, 1909, pp. 143—145.

[6]) Сессіи Государственной Думы. «Право», 1909, № 22.

[7]) Понятіе сессіи въ конституціонномъ правѣ Россіи. «Право», 1911, №№ 17—18.

[8]) Понятіе сессіи въ русскомъ государственномъ правѣ. «Право», 1911, №№ 30—31.

[9]) Сессія, ея начало, пріостановка и закрытіе. «Право», 1911, №№ 42—43.

согласованности во мнѣніяхъ не можетъ быть даже и рѣчи. При этомъ высказываются совершенно противоположные взгляды о самыхъ существенныхъ сторонахъ изучаемаго института, какъ напримѣръ: о продолжительности ежегодной сессіи, о единствѣ ежегодной сессіи и т. д. Тамъ же, гдѣ конечный выводъ, напр. относительно, такъ называемой, пріостановки сессіи (Vertagung, ajournement), повидимому, у всѣхъ одинаковъ, основанія для него у различныхъ авторовъ не только разнорѣчивы, но иногда прямо исключаютъ другъ друга, благодаря чему и самый выводъ порождаетъ серіозныя сомнѣнія относительно своей правильности.

Въ виду сказаннаго поставленная въ заголовкѣ тема сохраняетъ полный свой интересъ и въ настоящее время.

## I.

§ 1. Дѣйствующее право въ цѣломъ рядѣ статей [1]) говоритъ о *сессіи* законодательныхъ палатъ, соединяя съ этимъ понятіемъ весьма важныя юридическія послѣдствія [2]). Начало и конецъ ихъ дѣйствія ставится въ зависимость отъ начала и конца сессіи. Въ отношеніи же самого понятія сессіи законъ ограничивается простымъ лишь упоминаніемъ о немъ, безъ какихъ либо дальнѣйшихъ поясненій, разумѣя, очевидно, подъ нимъ нѣчто совершенно ясное и опредѣленное. Но въ соотвѣтствующихъ статьяхъ [3]), имѣющихъ установить самое понятіе сессіи, оно, во первыхъ, не названо даже этимъ именемъ, а во вторыхъ, и само содержаніе этихъ статей далеко не ясно и не опредѣленно. По крайней мѣрѣ толкованіе главной и наиболѣе важной для даннаго вопроса ст. 99 Осн. Зак. породило много различ-

---

[1]) Ст. 112 Осн. Зак., ст. 53 учр. Гос. Думы и ст. 51 учр. Гос. Совѣта; ст. 23 учр. Гос. Думы и ст. 28 учр. Гос. Совѣта; ст.ст. $18^1$ и $18^2$ учр. Гос. Сов., Св. Зак., т. I, ч. 2 по продолж. 1909 г.; ст. 7 учр. Гос. Сов. и, наконецъ, ст.ст. 3 и 17 Правилъ 8 марта 1906 г.

[2]) О нихъ см. назв. соч. Яшунскаго, стр. 1369—1370; Гессена, стр. 1009—1010; бар. Нольде, стр. 1678—1679; Горенберга, стр. 2295—2297.

[3]) Ст.ст. 98 и 99 Осн. Зак., ст. 4 учр. Гос. Думы и ст. 30 учр. Гос. Совѣта.

ныхъ мнѣній о ея содержаніи. Благодаря этому понятіе законодательной сессіи по нашему праву должно быть признано однимъ изъ самыхъ темныхъ и запутанныхъ.

Въ виду того, что большинство контроверзъ по изучаемому вопросу связано съ толкованіемъ ст. 99 Осн. Зак., прежде всего обратимся къ изученію именно этой статьи.

Впервые въ нашемъ законодательствѣ статья эта появляется въ учрежденіи Гос. Думы 6 августа 1905 г. въ видѣ ст. 4, гласившей: «Продолжительность ежегодныхъ занятій Государственной Думы и сроки ихъ перерыва въ теченіе года опредѣляются указами Императорскаго Величества». Поэтому очень важно установить ея смыслъ въ этой родной для нея стихіи.

Въ этомъ отношеніи необходимо остановиться на двухъ моментахъ: I—на выясненіи цѣлей и намѣреній законодателя, связанныхъ со ст. 4, и II—на установленіи смысла и значенія этой статьи въ системѣ учрежденія 6 августа.

I. Высочайшимъ рескриптомъ, даннымъ на имя министра внутреннихъ дѣлъ Булыгина отъ 18 февраля 1905 г. было возвѣщено о намѣреніи «отнынѣ... привлекать достойнѣйшихъ, довѣріемъ народа облеченныхъ, избранныхъ отъ населенія людей къ участію въ предварительной разработкѣ и обсужденіи законодательныхъ предположеній». Для обсужденія путей осуществленія таковой Высочайшей воли было учреждено особое совѣщаніе подъ предсѣдательствомъ министра внутреннихъ дѣлъ. 16 марта 1905 г., по всеподданнѣйшему докладу послѣдняго о порядкѣ подготовительныхъ работъ къ исполненію возложенной на него задачи, Высочайше было повелѣно ему: «не ограничивая этой работы однимъ лишь собираніемъ относящихся къ дѣлу матеріаловъ... приступить къ составленію первоначальныхъ соображеній объ основаніяхъ, на коихъ можетъ быть осуществлено предуказанное преобразованіе съ тѣмъ, чтобы соображенія эти были внесены, для согласованія съ общими видами правительства, въ Совѣтъ Министровъ и уже за симъ обращены къ окончательной разработкѣ и разсмотрѣнію въ особомъ совѣщаніи, въ

связи съ сужденіями, которыя въ Совѣтѣ Министровъ высказаны будутъ» [1]).

Въ результатѣ появились знаменитыя «Соображенія, министра внутреннихъ дѣлъ о порядкѣ осуществленія Высочайшихъ Его Императорскаго Величества предуказаній, возвѣщенныхъ въ рескриптѣ отъ 18 февраля 1905 года», гдѣ онъ входитъ въ разсмотрѣніе «главнѣйшихъ началъ, на коихъ въ соотвѣтствіи съ Высочайшими предуказаніями могло бы быть основано привлеченіе избранныхъ отъ населенія лицъ къ участію въ законосовѣщательной дѣятельности» [2]). Важность названныхъ «Соображеній» гофм. Булыгина и на основаніи ихъ составленнаго имъ «Проекта» учр. Гос. Думы явствуетъ изъ того, что принятыя здѣсь начала въ отношеніи изучаемаго вопроса остались безъ измѣненія и при дальнѣйшемъ прохожденіи реформы, благодаря чему они полностью вошли въ учр. Гос. Думы 6 августа 1905 года.

Относительно участія избранныхъ отъ населенія лицъ въ обсужденіи законодательныхъ предположеній, «Соображенія» полагаютъ, что оно «могло бы быть обосновано или на началахъ постояннаго учрежденія, или на основаніяхъ нарочитаго созыва, въ неправильные періоды времени повторяемаго, по случаямъ и обстоятельствамъ, заранѣе не предусмотрѣннымъ въ законѣ» [3]). Разсмотрѣвъ и отвергнувъ различныя формы участія народныхъ избранниковъ въ законосовѣщательной дѣятельности, въ томъ числѣ и форму земскихъ соборовъ XVI и XVII вѣковъ [4]), «Соображенія» говорятъ: «Остается, такимъ образомъ, одна лишь форма участія населенія въ законосовѣщательной дѣятельности... это призваніе избираемыхъ населеніемъ, на опредѣленные, болѣе или менѣе продолжительные сроки, лицъ къ участію въ обсужденіи не отдѣльныхъ разрозненныхъ законодательныхъ предположеній, а всей совокупности, въ живомъ и непосредственномъ един-

---

[1]) Матеріалы по учрежденію Гос. Думы, 1905, стр. 61.
[2]) Тамъ же, стр. 61.
[3]) Тамъ же, стр. 68.
[4]) Тамъ же, стр. 68—69.

ствѣ,—т. е. та, въ которой предполагалъ осуществить это начало Императоръ Александръ Благословенный, устроитель и нынѣ дѣйствующихъ у насъ учрежденій и порядковъ законодательства и верховнаго управленія» [1]). Форма эта «обезпечитъ для Самодержца дѣйствительную возможность находиться въ общеніи съ мыслью народной не временами, не случайно, не по отдѣльнымъ лишь поводамъ, а постоянно, непрерывно и по всѣмъ, сколько-нибудь существеннымъ, предметамъ государственнаго устроенія. Населенію же, въ лицѣ его достойнѣйшихъ людей, этотъ порядокъ обезпечитъ возможность доводить непосредственно до свѣдѣнія Государя о пользахъ и нуждахъ народныхъ по всѣмъ дѣламъ текущаго законодательства, во всей ихъ совокупности и живой связи» [2]).

Далѣе «Соображенія» переходятъ къ разсмотрѣнію вопроса: «какая именно форма участія избранныхъ отъ населенія лицъ въ законосовѣщательной дѣятельности—включеніе ихъ, въ тѣхъ или иныхъ сочетаніяхъ, въ самый составъ Государственнаго Совѣта или образованіе изъ нихъ самостоятельнаго учрежденія, независимаго отъ Государственнаго Совѣта,—наиболѣе отвѣчаетъ задачѣ единенія Самодержавнаго Государя съ народомъ и сохраненія незыблемости Основныхъ Законовъ Имперіи» [3]). Они подробно останавливаются на аргументахъ за и противъ обѣихъ формъ. «Включеніе избранныхъ отъ населенія лицъ—въ составъ Государственнаго Совѣта, при всей увлекательной простотѣ этого способа, представляетъ въ порядкѣ его осуществленія, трудности, едва ли преодолимыя. Не подлежитъ сомнѣнію, что участіе избранныхъ отъ населенія лицъ въ законосовѣщательной дѣятельности можетъ достигнуть своей цѣли въ томъ лишь случаѣ, если они будутъ представлять всю совокупность интересовъ народной жизни и явятся точными выразителями взглядовъ и понятій тѣхъ общественныхъ слоевъ, отъ которыхъ избраны. Это тѣмъ болѣе необходимо, что эти лица,

[1]) Тамъ же, стр. 70.
[2]) Тамъ же, стр. 70.
[3]) Тамъ же, стр. 71.

въ соотвѣтствіи съ основаніями нашего государственнаго строя, должны явиться не представителями воли и требованій населенія, а лишь выразителями у престола нуждъ и пользъ народныхъ, поскольку и какъ эти нужды понимаются населеніемъ. При такихъ условіяхъ и въ виду огромнаго пространства и крайняго разнообразія мѣстныхъ особенностей нашего отечества... число избранныхъ отъ населенія лицъ, чтобы удовлетворить задачѣ преобразованія, по необходимости должно быть значительнымъ» [1]).

«Отсюда, говорятъ «Соображенія», слѣдуетъ, что включеніе ихъ въ составъ Гос. Совѣта въ небольшомъ лишь числѣ совершенно противорѣчило бы мысли и намѣреніямъ Верховной власти, положеннымъ въ основаніе Высочайшаго рескрипта. Нѣсколько десятковъ избранныхъ лицъ, стоящихъ въ виду своей малочисленности далеко отъ интересовъ населенія, внесутъ въ дѣло только личные свои взгляды и случайное болѣе или менѣе пониманіе... нуждъ и потребностей населенія, и безъ особой пользы умножатъ составъ Гос. Совѣта... Въ случаѣ же включенія въ составъ Гос Совѣта этихъ лицъ въ числѣ, которое обезпечило бы точное выраженіе взглядовъ и мнѣній населенія, считая, напримѣръ, по одному выборному на каждыя 250000 населенія, что составило бы въ общемъ около пятисотъ, получится явленіе менѣе желательное... При такихъ условіяхъ личный составъ Совѣта, растворившись въ подавляющемъ числѣ лицъ, избранныхъ отъ населенія, перемѣшавшись съ ними и раздробившись по партіямъ, легко можетъ утратить въ сужденіяхъ своихъ единство государственнаго направленія. А разъ это случится, Гос Совѣтъ перестанетъ быть тѣмъ прочнымъ и испытаннымъ регуляторомъ законосовѣщательной дѣятельности, коимъ онъ явится въ случаѣ, если, сохраняя нынѣшнее устройство и составъ, образуетъ вторую инстанцію, сдерживающую своимъ вѣскимъ мнѣніемъ увлеченія и крайности, которыя могли бы проявиться въ сужденіяхъ собранія избранныхъ населеніемъ лицъ» [2]).

[1]) Тамъ же, стр. 74.
[2]) Тамъ же, стр. 74—75.

«Соображенія» признаютъ неосновательными опасенія, допускающія возможность «предвзятаго разномыслія между собраніемъ лицъ, избранныхъ отъ населенія и Гос. Совѣтомъ... Дѣлать же по этому предмету выводъ изъ положенія вещей въ западно-европейскихъ государствахъ едва ли правильно, какъ по коренному различію ихъ политическихъ условій, такъ и потому, что верхнія палаты во многихъ изъ этихъ государствъ имѣютъ особый составъ съ присущими ему классовыми интересами, нерѣдко противоположными интересамъ тѣхъ слоевъ населенія, представители коихъ образуютъ нижнюю палату» [1]). Крайне преувеличеннымъ признается и опасеніе, что избранныя отъ населенія лица, объединенныя въ одномъ учрежденіи, «склонны будутъ выходить изъ предѣловъ своихъ полномочій и стремиться къ расширенію своихъ правъ въ направленіи, несоотвѣтствующемъ историческимъ основаніямъ нашего государственнаго строя... Подобнаго рода стремленія... вообще не свойственны русскому національному характеру. Все прошлое коренной Россіи удостовѣряетъ, что идея властнаго участія народа въ дѣлахъ верховнаго управленія не имѣетъ историческихъ корней въ условіяхъ нашей народной жизни... Но если даже и допустить возможность подобныхъ попытокъ, то нельзя не признать, что смѣшанное законосовѣщательное учрежденіе, въ которомъ подавляющее большинство будетъ состоять изъ лицъ, избранныхъ населеніемъ, окажется средою, гораздо болѣе благопріятною для подобныхъ поползновеній, чѣмъ та, которую представитъ собою образованное изъ нихъ особое учрежденіе»... [2]). Наконецъ, только при наличности этого послѣдняго будетъ достигнута «коренная задача всего преобразованія – поставить Верховную власть въ непосредственныя отношенія къ народу... По всѣмъ симъ соображеніямъ необходимо признать, что единственно правильнымъ и цѣлесообразнымъ способомъ участія избранныхъ отъ населенія лицъ въ предварительной разработкѣ и обсужденіи за-

---

[1]) Тамъ же, стр. 77.
[2]) Тамъ же, стр. 77—78.

конодательныхъ предположенiй въ той постановкѣ, какая вытекаетъ изъ Высочайшаго рескрипта, является образованiе изъ нихъ особаго, *постоянно и непрерывно дѣйствующаго* [1]) законосовѣщательнаго учрежденiя, предварительному обсужденiю котораго подлежала бы вся, по возможности, совокупность законодательныхъ предположенiй, входящихъ чрезъ Гос. Совѣтъ къ Верховной Императорской власти» [2]).

Въ отношенiи устройства Гос. Думы «Соображенiя» полагаютъ, что въ виду тождества задачъ, лежащихъ на Гос. Совѣтѣ и на Думѣ, наиболѣе соотвѣтственно образовать послѣднюю въ такомъ же устройствѣ, какъ и Гос. Совѣтъ, а именно учредить общее собранiе Думы и, въ качествѣ учрежденiй подготовительныхъ, особые ея отдѣлы... Предсѣдательствованiе въ Гос. Думѣ, въ соотвѣтствiе съ таковою ея постановкою, а равно завѣдыванiе дѣлопроизводствомъ... надлежало бы возложить не на избранныхъ Думою, а на особыхъ должностныхъ лицъ, назначаемыхъ Высочайшей властью,— Предсѣдателя и Секретаря Думы съ состоящею при послѣднемъ канцелярiей» [3]).

Говоря объ условiяхъ дѣятельности Госуд. Думы «Соображенiя» замѣчаютъ, что «*при всемъ строгомъ проведенiи въ устройствѣ ея основныхъ* очертанiй Гос. Совѣта, нельзя ставить порядокъ разсмотрѣнiя Думою дѣлъ въ тѣ же условiя, въ какiя поставлено разсмотрѣнiе ихъ Совѣтомъ» [4]). Для думы составленной изъ лицъ, избранныхъ отъ населенiя, необходимо, чтобы сужденiя и дѣйствiя ихъ, какъ облеченныхъ довѣрiемъ населенiя, не являлась для послѣдняго тайной. Достоянiе этой задачи возможно только при гласности засѣданiй Думы и при наличности отчетовъ о нихъ въ печати [5]). Кромѣ того, «Соображенiя» предусматриваютъ «правила, предотвращающiя возможность нежелательной медленности въ разсмотрѣнiи предлагаемыхъ ей дѣлъ,

---

1) Курсивъ нашъ.
2) Тамъ же, стр. 79.
3) Тамъ же, стр. 82—83.
4) Тамъ же, стр. 84.
5) Тамъ же, стр. 84.

въ случаяхъ, когда она не зависитъ отъ самаго свойства послѣднихъ». Такая медленность можетъ быть обусловлена желаніемъ Думы затормозить движеніе неугоднаго ей предположенія, при отсутствіи у нея «возможности воспрепятствовать его осуществленію», т. е. своего рода обструкція со стороны Думы. Если сказанное замедленіе создается уклоненіемъ отъ разсмотрѣнія дѣла путемъ неявки членовъ Думы въ засѣданія, то въ случаѣ повторенія его, оно разсматривается, «какъ отказъ Гос. Думы отъ сужденій по данному предмету, а потому отказъ этотъ, какъ равнозначущій отсутствію съ ея стороны возраженія, долженъ имѣть слѣдствіемъ направленіе дѣла въ Гос. Совѣтъ для окончательнаго обсужденія безъ заключенія Думы» [1]). Если же оттягиваніе обсужденія нежелательнаго Думѣ законопроекта, будетъ проявляться не въ прямомъ уклоненіи отъ разсмотрѣнія его, а въ другихъ формахъ, которыя, однако, лишаютъ возможности предсѣдателя противодѣйствовать этому пріему, то «въ случаѣ, если Его Императорскому Величеству угодно будетъ обратить вниманіе на медленность въ разсмотрѣніи Думою какого либо изъ внесенныхъ на обсужденіе ея предположеній, то Гос. Совѣтъ, по сообщеніи ему Высочайшей о томъ отмѣтки, опредѣляетъ срокъ для разсмотрѣнія Думою этого дѣла, и если къ назначенному сроку заключенія ея не послѣдуетъ, то приступаетъ непосредственно къ обсужденію дѣла, какъ и въ первомъ случаѣ, безъ заключенія Думы» [2]).

Спеціально по вопросу о времени занятій Думы «Соображенія» даютъ такое указаніе: трудъ, который упадетъ на членовъ Думы, «будетъ очень сложнымъ и потребуетъ непрерывныхъ занятій и проживанія въ столицѣ въ теченіе, быть можетъ, до восьми мѣсяцевъ ежегодно, а слѣдовательно, полагая остальные четыре мѣсяца на необходимый отдыхъ и устройство личныхъ дѣлъ, займетъ все время, которымъ располагаетъ избранный. При такихъ условіяхъ представлялось бы

---

[1]) Тамъ же, стр. 85—86.
[2]) Тамъ же, стр. 86.

не только справедливымъ, но и совершенно необходимымъ, возмѣстить членамъ Гос. Думы тѣ расходы, которые они понесутъ вслѣдствіе необходимости проживанія въ столицѣ, назначивъ имъ для сего нѣкоторое, умѣренное содержаніе, напримѣръ, по расчету 200—300 рублей за каждый мѣсяцъ пребыванія въ столицѣ, а равно покрывать путевыя издержки, связанныя съ поѣздками съ мѣста жительства въ С.-Петербургъ и обратно къ началу занятій Госуд. Думы и по окончаніи ихъ» [1]).

Въ проектѣ учрежденія Госуд. Думы мин. вн. д. Булыгина, построенномъ на началахъ, изложенныхъ имъ въ «Соображеніяхъ», вопросъ о времени занятій Гос. Думы разрѣшался ст. 21, по которой: «Занятія Гос. Думы прерываются на лѣтніе мѣсяцы въ сроки, проложенные для перерыва занятій Гос. Совѣта» [2]). О вознагражденіи депутатовъ, связанномъ съ временемъ занятій Думы, говоритъ ст. 26 проекта: «Члены Гос. Думы получаютъ содержаніе въ размѣрѣ 2400 рублей въ годъ. Сверхъ сего, по избраніи и дважды въ годъ, при отъѣздѣ изъ С.-Петербурга, съ началомъ лѣтняго перерыва занятій и при возвращеніи, по окончаніи перерыва, члены Гос. Думы получаютъ прогонныя деньги, отъ мѣста жительства ихъ до С.-Петербурга» [3]).

На основаніи приведенныхъ данныхъ можно установить слѣдующія положенія, легшія въ основаніе разсмотрѣнныхъ нами предположеній:

1. Цѣлью реформы является обезпеченіе постояннаго общенія Монарха съ мыслью народа.

2. Непремѣннымъ условіемъ осуществленія реформы должно быть сохраненіе незыблемости Основныхъ Законовъ имперіи.

3. Формою участія представителей населенія въ законосовѣщательной дѣятельности должно быть особое отъ Гос. Совѣта постоянное учрежденіе, устроенное по образцу послѣдняго, въ качествѣ первой его инстанціи.

---

1) Тамъ же, стр. 144[4].
2) Тамъ же, стр. 144[12].
3) Тамъ же, стр. 144[13].

4. Время занятій Думы поставлено въ прямую зависимость отъ времени занятій Гос. Совѣта, благодаря чему въ работахъ ея предусматривается одинъ только перерывъ въ теченіе года—на лѣтніе мѣсяцы.

§ 2. Какъ было уже замѣчено выше, дальнѣйшими стадіями въ выработкѣ учрежд Гос. Думы 6 августа было обсужденіе его въ Совѣтѣ Министровъ подъ предсѣдательствомъ гр. Сольскаго и въ Особомъ Совѣщаніи подъ личнымъ предсѣдательствомъ Государя Императора. Какова была судьба установленныхъ нами положеній въ этомъ дальнѣйшемъ развитіи реформы?

О результатахъ работъ Совѣта Министровъ мы имѣемъ свѣдѣнія изъ «Меморіи Совѣта Министровъ по дѣлу о порядкѣ осуществленія Высочайшихъ предуказаній. возвѣщенныхъ въ Рескриптѣ 18 февраля 1905 года» [1]).

Какъ отмѣчаетъ «Меморія», по Высочайшему повелѣнію отъ 23 мая 1905 г., на разсмотрѣніе Совѣта Министровъ вмѣстѣ съ соображеніями министра вн. д. были переданы нѣкоторыя отдѣльныя предположенія о немедленномъ созывѣ выборныхъ отъ населенія людей, съ присвоеніемъ собранію сему, по нѣкоторымъ изъ предположеній, наименованія Земскаго Собора, для разрѣшенія указанныхъ въ тѣхъ проектахъ вопросовъ» [2]).

Всѣ эти «нѣкоторыя отдѣльныя предположенія» Совѣтъ Министровъ призналъ непріемлемыми, а самое появленіе ихъ объяснилъ неувѣренностью въ возможности выполнить въ ближайшее время намѣченную рескриптомъ реформу. «Между тѣмъ, говоритъ «Меморія», обозрѣвая исполненный гофм. Булыгинымъ трудъ, Совѣтъ Министровъ пришелъ къ убѣжденію, что составленный имъ проектъ даетъ настолько отчетливое и полное представленіе о намѣченномъ имъ учрежденіи, кругѣ предметовъ его вѣдѣнія и формахъ его дѣятельности, что окончательная разработка этихъ предположеній и представленіе ихъ на Монаршее благовоз-

---

[1]) Напечатана въ названныхъ Матеріалахъ по учрежд. Гос. Думы, 1905, Вып. I.

[2]) Матеріалы, стр. 1—2.

зрѣніе не могутъ затянуться на долгое время» [1]). Поэтому въ дальнѣйшемъ Совѣтъ Министровъ разсматриваетъ только «Соображенія» и проектъ учрежд. Гос. Думы мин. вн. д. Булыгина.

Признавая важнымъ сохраненіе за Верховною властью руководящаго значенія въ дальнѣйшей судьбѣ выборнаго учрежденія и обезпеченіе послѣдовательнаго и осторожнаго развитія учрежденія «въ соотвѣтствіи съ вѣковымъ опытомъ государственной жизни Россіи», «Меморія» говоритъ, что «изложенныя въ проектѣ гофм. Булыгина постановленія отвѣчаютъ именно этимъ мыслямъ и имѣютъ въ виду неразрывную историческую связь съ прошлымъ, а также, согласно предуказаніямъ рескрипта 18 февраля, охраненіе незыблемости Основныхъ Законовъ имперіи. Образуемое установленіе, имѣя совѣщательный характеръ, будетъ служить благому сближенію Монарха съ подданными его и способствовать доведенію до Верховной власти нуждъ народныхъ безъ посредствующаго участія класса правительственныхъ чиновниковъ, отъ которыхъ и отойдетъ къ выборнымъ часть принадлежащихъ имъ уполномочій» [2]).

Въ отношеніи «формы, въ которой должна вылиться дѣятельность избранныхъ отъ населенія людей, Совѣтъ Министровъ, согласно съ мнѣніемъ гофм. Булыгина, подробно развитымъ въ изложенныхъ имъ соображеніяхъ, находитъ, что единственно правильнымъ и цѣлесообразнымъ способомъ участія избранныхъ отъ населенія лицъ въ разработкѣ законодательства, какая вытекаетъ изъ Высочайшаго рескрипта, является образованіе изъ нихъ особаго *постоянно дѣйствующаго законосовѣщательнаго учрежденія* [3]), которому соотвѣтственно съ его значеніемъ, могло бы быть присвоено наименованіе «Государственной Думы» (Учрежд. пар. 1). Рескриптъ 18 февраля, призывая выборныхъ отъ населенія лицъ къ предварительной разработкѣ и обсужденію законодательныхъ предположеній, ясно указалъ ступень, на которой должна стоять Дума въ ряду учрежденій,

[1]) Тамъ же, стр. 3.
[2]) Тамъ же, стр. 4.
[3]) Курсивъ нашъ.

содѣйствующихъ Верховной власти въ державныхъ трудахъ ея по устроенію государства. Разсмотрѣніе Думой законодательныхъ предположеній, какъ предварительное, должно, очевидно, предшествовать внесенію этихъ предположеній въ Гос. Совѣтъ и свидѣтельствовать о взглядахъ и мнѣніяхъ населенія по предстоящимъ разсмотрѣнію Совѣта вопросамъ» [1]).

Признавая пятилѣтній срокъ полномочій членовъ Думы (учрежд. пар. 2), какъ вполнѣ пригодный для обезпеченія спокойнаго хода занятій Думы, Совѣтъ Министровъ нашелъ нужнымъ оговорить въ проектѣ (учрежд., пар. 3) возможность досрочнаго «распущенія Думы» Высочайшей властью съ назначеніемъ новыхъ выборовъ [2]). По вопросу о предсѣдателѣ Думы Совѣтъ Министровъ разошелся съ проектомъ гофм. Булыгина, признавъ необходимымъ его избраніе Думою [3]). Но мнѣнія въ Совѣтѣ, однако, раздѣлились по вопросамъ: объ утвержденіи его Высочайшей властью, о срокѣ его полномочій и о количествѣ лицъ, избираемыхъ Думою въ качествѣ кандидатовъ въ предсѣдатели, почему Совѣтъ положилъ: мнѣніе это представить на благовоззрѣніе Государя [4]). Такое же разномысліе въ Совѣтѣ обнаружилось по вопросу о замѣщеніи должности секретаря Думы и канцеляріи Думы и о немъ также было рѣшено представить на Высочайшее благовоззрѣніе [5]).

По другимъ вопросамъ Совѣтъ согласился съ гофм. Булыгинымъ: принялъ раздѣленіе Думы на отдѣлы [6]), призналъ необходимость для Думы гласности [7]) и особыхъ правилъ на случай уклоненія Думы отъ разсмотрѣнія дѣлъ, или очевидной медленности въ ихъ обсужденіи, установивъ лишь точный срокъ—2 недѣли—для назначенія вторичнаго засѣданія, несостоявшагося въ первый разъ за неявкою въ узаконенномъ числѣ членовъ Думы [8]).

---

[1]) Тамъ же, стр. 5.
[2]) Тамъ же, стр. 5.
[3]) Тамъ же, стр. 6.
[4]) Тамъ же, стр. 7—8. Ср. тамъ же, стр. 58.
[5]) Тамъ же, стр. 9—10 и 58—59.
[6]) Тамъ же, стр. 6.
[7]) Тамъ же, стр. 10.
[8]) Тамъ же, стр. 11.

Наконецъ, Совѣтъ Министровъ призналь, что «трудъ, который упадетъ на членовъ Думы, будетъ очень сложенъ и потребуетъ проживанія въ столицѣ вѣроятно не менѣе 6 мѣсяцевъ ежегодно, а слѣдовательно, займетъ значительную часть всего времени, которымъ располагаетъ избранный. При такихъ условіяхъ представлялось бы не только справедливымъ, но и совершенно необходимымъ возмѣстить членамъ Думы тѣ расходы, которые они понесутъ вслѣдствіе необходимости проживанія въ столицѣ, назначивъ имъ для сего нѣкоторое, вообще умѣренное, содержаніе, а равно покрывать путевыя издержки, связанныя съ поѣздками изъ мѣста жительства въ Петербургъ и обратно. При этомъ Совѣтъ призналъ наиболѣе удобнымъ облечь это вознагражденіе въ форму суточныхъ денегъ, опредѣливъ размѣръ выдачи въ 10 руб. въ сутки за все время продолженія занятій и независимо отъ того, сколько именно разъ каждый членъ Думы являлся въ ея засѣданія, въ виду затруднительности и неудобства установленія какого-либо за этимъ контроля (Учр., § 23)» [1]).

Всѣ свои разнорѣчія съ предположеніями гофм. Булыгина Совѣтъ Министровъ подробно оговариваетъ въ «Меморіи», но разнорѣчія эти не касаются установленныхъ нами основныхъ положеній и въ томъ числѣ разрѣшенія вопроса о времени. Напротивъ того, «Совѣтъ Министровъ, согласно съ мнѣніемъ гофм. Булыгина, подробно развитымъ въ изложенныхъ имъ соображеніяхъ, находитъ, что единственно правильнымъ и цѣлесообразнымъ... является образованіе... особаго постоянно дѣйствующаго законосовѣщательнаго учрежденія», организованнаго по образцу Государственнаго Совѣта. Точно также и въ отношеніи вознагражденія членовъ Думы, Совѣтъ Министровъ, въ полномъ согласіи съ предположеніями гофм. Булыгина находитъ возможнымъ «возмѣстить тѣ расходы, которые они понесутъ вслѣдствіе необходимости проживанія въ столицѣ... а равно покрывать путевыя издержки, связан-

[1]) Тамъ же, стр. 12.

ныя съ поѣздками изъ мѣста жительства въ Петербургъ и обратно». Вопросъ о денежномъ довольствіи и возмѣщеніи путевыхъ издержекъ членамъ Думы былъ разрѣшенъ Совѣтомъ Министровъ, какъ видно изъ «Меморіи», въ § 23 выработаннаго имъ проекта учрежденія Думы. Параграфъ этотъ былъ оставленъ безъ измѣненій [1]) при окончательномъ разсмотрѣніи всего проекта въ Петергофскомъ Совѣщаніи и такъ какъ въ учрежденіи Думы 6 августа была внесена ст. 23, соотвѣтствующая по содержанію § 23 совѣтскаго проекта, то можно полагать, что она буквально воспроизвела его. Ст. же 23 учр. Гос. Думы 6 августа предусматриваетъ возмѣщеніе членамъ Думы «разъ въ годъ» путевыхъ издержекъ «отъ мѣста жительства до С.-Петербурга и обратно». Въ виду того, что суточное довольствіе въ размѣрѣ 10 руб. выдается членамъ Думы «на время ея занятій», а довольствіе это, по «Меморіи», должно «возмѣстить членамъ Гос. Думы тѣ расходы, которые они понесутъ вслѣдствіе необходимости проживанія въ столицѣ», значитъ прекращеніе занятій Гос. Думы должно влечь за собою устраненіе необходимости проживанія въ столицѣ, обусловливающее прекращеніе выдачи суточнаго довольствія и, слѣдовательно, возможность для членовъ Думы отъѣзда изъ Петербурга на мѣстожительства. Если же, вмѣстѣ съ этимъ, постановляется, что путевыя издержки возмѣщаются членамъ Думы только разъ въ годъ, то, значитъ, предполагается, что только разъ въ годъ для нихъ нѣтъ необходимости проживанія въ столицѣ и есть возможность уѣхать на мѣсто жительства, что въ свою очередь предполагаетъ, что занятія Думы прерываются только разъ въ годъ.

Наконецъ, самую продолжительность проживанія депутатовъ въ столицѣ—продолжительность занятій Думы тожъ—Совѣтъ Министровъ предусматриваетъ почти одинаково съ гофм. Булыгинымъ. Первый говоритъ, что они будутъ «вѣроятно не менѣе 6 мѣсяцев еже-

---

[1]) См. Петергофское Совѣщаніе о проектѣ Государственной Думы подъ личнымъ Его Императорскаго Величества предсѣдательствомъ. Berlin, стр. 44.

годно», второй же полагаетъ, что они будутъ «въ теченіе, быть можетъ, до восьми мѣсяцевъ ежегодно». Очевидно, что въ обоихъ случаяхъ время опредѣляется приблизительно, съ возможностью колебаній, причемъ Совѣтъ Министровъ разумѣетъ minimum, а второй— maximum. Замѣна же годового жалованія ежедневнымъ довольствіемъ въ размѣрѣ 10 рублей, во-первыхъ, по замѣчанію Меморіи, объясняется простымъ удобствомъ, а во-вторыхъ, самая цифра 10 руб. взята у гофм. Булыгина, предполагавшаго назначить членамъ Думы 2400 руб. въ годъ, что при максимальной продолжительности ежегодныхъ занятій Думы въ восемь мѣсяцевъ составитъ именно 10 руб. въ день.

Такимъ образомъ, можно считать установленнымъ, что въ отношеніи времени занятій Гос. Думы, Совѣтъ Министровъ стоялъ всецѣло на точкѣ зрѣнія предположеній гофм. Булыгина и послѣдовательно проводилъ ее въ § 23 выработаннаго имъ проекта. Если же принять во вниманіе заключительные слова «Меморіи», что «Совѣтъ Министровъ обязывается всеподданнѣйше представить на Монаршее благоусмотрѣніе Вашего Величества исправленный, согласно приведеннымъ выше сужденіямъ, проектъ учрежденія Государственной Думы» [1]), то естественно предположить, что и въ другихъ частяхъ совѣтскаго проекта проводится таже, а не иная точка зрѣнія.

Сказанное создаетъ твердую почву для правильнаго пониманія § 4 совѣтскаго проекта, гдѣ разрѣшался вопросъ о времени занятій Гос. Думы. Содержаніе его было полностью воспроизведено учрежденіемъ Гос. Думы 6 августа, въ видѣ ст. 4, по которой: «Продолжительность ежегодныхъ занятій Гос. Думы и сроки ихъ перерыва въ теченіе года опредѣляются указами Императорскаго Величества» [2]). Поэтому мы не будемъ

---

[1]) Матеріалы, стр. 59.

[2]) Редакцію §§ 23 и 4 совѣтскаго проекта мы беремъ не непосредственно изъ самаго проекта, такъ какъ его не было въ нашемъ распоряженіи, а возстановляемъ ее на основаніи предположенія, что она тождественна съ редакціей соотвѣтствующихъ имъ статей 23 и 4 учрежденія Гос. Думы 6 августа. Обозначеніе ихъ параграфами берется нами изъ «Меморіи», которая ссылки на соотвѣтствующій ей проектъ помѣчаетъ: Учрежд.,

останавливаться отдѣльно на § 4 совѣтскаго проекта, а подробно разсмотримъ ниже самую ст. 4 Учр. Гос. Думы 6 августа.

§ 3. Остается прослѣдить судьбу изучаемаго вопроса въ послѣдней стадіи разсмотрѣнія проекта учрежденія Гос. Думы въ Петергофскомъ Совѣщаніи.

Все, что было сдѣлано тамъ по связи съ §§ 4 и 23 совѣтскаго проекта, было изложено выше и указано на то, что они безъ всякихъ измѣненій перешли въ

---

пар. 1,—Учрежд., пар. 2,—Учрежд., пар 3—стр. 5; Учрежд., пар. 6—стр. 6; Учр. §§ 10 и 11—стр. 8; Учр. § 12,—Учр. § 13,—Учр. §§ 28 и 30—стр. 9; Учр. §§ 26, 27, 28 и 30,—Учр. § 29,—Учр. § 33,—Учр. § 34,—Учр. § 49—стр. 10; Учр. § 50—стр. 11; Учр. §§ 44 и 45,—Учр. §§ 15, 16 и 17,—Учр. § 23—стр. 12 и т. д. Тождество же ихъ редакцій съ ст.ст. 23 и 4 Учрежденія Гос. Думы 6 августа основывается на слѣдующихъ соображеніяхъ. Государю Императору были представлены: во-первыхъ, Совѣтомъ Министровъ «Меморія» и проектъ Совѣта Министровъ и, во-вторыхъ, государственнымъ секретаремъ «измѣненный проектъ» (Петергофское Совѣщаніе, стр. 35), который, однако, не былъ разосланъ къ первому засѣданію Совѣщанія 19 іюля 1905 г., вслѣдствіе чего было повелѣно: разослать къ слѣдующему засѣданію измѣненный проектъ въ сравнительномъ его изложеніи съ проектомъ Совѣта Министровъ (тамъ же, стр. 36). Благодаря этому въ первомъ засѣданіи обсужденіе шло по статьямъ совѣтскаго проекта. Кромѣ того, очевидно, была выработана новая редакція этого проекта, которая собственно и была предложена на обсужденіе Совѣщанія, такъ какъ, во-первыхъ, рѣчь идетъ не о параграфахъ, по которымъ, какъ видно изъ «Меморіи», былъ расположенъ совѣтскій проектъ, а о статьяхъ, во-вторыхъ, прямо говорится, что «изложеніе ст. 4 измѣнено *въ новой редакціи проекта*». По поводу ст. 4 было указано гр. Д. М. Сольскимъ, что выраженіе: «продолжительность занятій Думы» замѣнено словами: «продолжительность сессіи» Думы, каковое измѣненіе бар. Ю. А. Икскулемъ было объяснено тѣмъ, что въ учрежденіи Гос. Совѣта въ ст. 30 употреблено это выраженіе—сессія. Но было признано желательнымъ «избѣгать иностранныхъ выраженій» и «лучше вернуться къ прежней редакціи». Въ результатѣ появилась ст. 4 Учр. Думы 6 августа, каковую, слѣдовательно можно разсматривать, какъ воспроизведеніе «прежней редакціи» совѣтскаго проекта. При этомъ изъ сопоставленія порядка обсужденія статей: 1, 2, 3, 4... 23 съ порядкомъ параграфовъ совѣтскаго проекта, на которые ссылается «Меморія», можно съ точностью установить, что § 4 совѣтскаго проекта касался именно вопроса о времени занятій Гос. Думы. «Меморія» послѣдовательно ссылается на §§ 1, 2 и 3, которые соотвѣтствуютъ ст.ст. 1, 2 и 3 разсматривавшагося въ Совѣщаніи проекта. Далѣе «Меморія», высказавшись по поводу 2-й части ст. 2—первая часть ея вошла въ § 2 совѣтскаго проекта—проекта гофм. Булыгина за временное устраненіе вопроса о привлеченіи въ Думу членовъ отъ финдляндскаго сейма, непосредственно переходитъ къ §§ 5 и 6, трактующимъ о дѣленіи Думы на общее собраніе и отдѣлы, что соотвѣтствуетъ ст.ст. 5 и 6 разсматривавшагося въ Совѣщаніи совѣтскаго проекта и такимъ же статьямъ учрежденія Думы 6 авг. Относительно § 23 совѣтскаго проекта дѣло обстоитъ нѣсколько проще, такъ какъ въ „Меморіи" на него имѣется не только точная ссылка, но и изложено его содержаніе, которое вполнѣ соотвѣтствуетъ ст. 23 новой редакціи совѣтскаго проекта, принятой въ Совѣщаніи и составившей ст. 23 Учрежд. Гос. Думы 6 августа. Объ этомъ сказано выше.

учрежденіе Гос. Думы 6 августа въ видѣ ст.ст. 4 и 23, причемъ никакихъ преній по поводу ихъ не возникало. Нѣсколько большее вниманіе было удѣлено совѣщаніемъ ст. 3 совѣтскаго проекта. Со стороны кн. А. А. Ширинскаго-Шихматова, графа А. П. Игнатьева и А. С. Стишинскаго послѣдовали возраженія противъ *одновременнаго* съ досрочнымъ роспускомъ Думы назначенія новыхъ выборовъ. Въ защиту совѣтскаго проекта графъ Д. М. Сольскій сказалъ: «По смыслу проекта Дума является постояннымъ учрежденіемъ, а потому, дабы не было перерыва, новые выборы должны быть назначены одновременно съ роспускомъ Думы». Къ послѣднему присоединился Э. В. Фришъ: «Срокъ выборовъ, сказалъ онъ, зависитъ отъ Верховной власти, но назначеніе ихъ необходимо должно быть сдѣлано въ указѣ о роспущеніи Думы. Иначе измѣняется совершенно характеръ Думы, какъ постояннаго законосовѣщательнаго органа. Можно измѣнить редакцію ст 3, но смыслъ ея долженъ остаться тотъ же самый». На этотъ разъ споръ закончился тѣмъ, что было повелѣно измѣнить редакцію ст. 3 [1]).

Вторично къ тому же вопросу Совѣщаніе вернулось уже послѣ разсмотрѣнія всего проекта учрежденія Гос. Думы, когда было предложено сдѣлать замѣчанія по всему проекту. Съ возраженіями противъ ст. 3 снова выступили тѣ же члены Совѣщанія, что и въ первый разъ. При этомъ гр. Игнатьевъ заявилъ, что не слѣдуетъ подчеркивать одновременность назначенія выборовъ съ роспускомъ Думы, чтобы не «стѣснять въ этомъ отношеніи Верховной власти, которая можетъ нѣсколько лѣтъ не назначать выборовъ». Въ соотвѣтствіи съ этимъ кн. А. А. Ширинскій-Шихматовъ предложилъ изложить конецъ ст. 3 такъ: «таковымъ же указомъ назначаются выборы въ Думу». Оппонентами этого предложенія были опять гр. Сольскій и Э. В. Фришъ. Первый сказалъ, что это изложеніе клонится къ измѣненію всего характера Думы, какъ учрежденія постояннаго. А между тѣмъ было возвѣщено о призывѣ выборныхъ

---

[1]) Петергофское совѣщаніе, стр. 36—37.

не на время, а для предварительной разработки и обсужденія законодательныхъ предположеній, восходящихъ на Высочайшее благовоззрѣніе чрезъ Государственный Совѣтъ. Къ этому Э. В. Фришъ добавилъ: «Съ этой точки зрѣнія, которую я вполнѣ раздѣляю, слѣдовало бы сказать: не таковымъ, а «тѣмъ же» указомъ назначаются выборы въ Думу. Никакого тутъ нѣтъ стѣсненія для Верховной власти, отъ которой зависитъ въ указѣ назначить болѣе или менѣе отдаленный, смотря по обстоятельствамъ, срокъ для производства новыхъ выборовъ въ Думу, но необходимо сказать одновременно съ роспускомъ Думы, что новые выборы будутъ. Проектъ повелѣно было сохранить [1].

Въ результатѣ получилась ст. 3 Учрежденія Гос. Думы 6 августа: «По указу Императорскаго Величества Государственная Дума можетъ быть распущена до истеченія пятилѣтняго срока. Тѣмъ же указомъ назначаются новые выборы въ Думу».

Значитъ и въ послѣдней стадіи выработки учрежденія Гос. Думы 6 авг., точка зрѣній предположеній гофм. Булыгина и Совѣта Министровъ въ отношеніи изучаемаго вопроса, не только не потерпѣла никакого измѣненія, но наоборотъ былъ особо подчеркнутъ основной характеръ Думы, какъ постояннаго учрежденія.

§ 4. Теперь переходимъ къ разсмотрѣнію ст. 4 Учр. Гос. Думы 6 августа.

При сравненіи ея съ ст. 21 проекта гофм. Булыгина нельзя не видѣть бросающагося въ глаза различія ихъ, что, естественно, наводитъ на мысль о различіи ихъ по существу. Но при болѣе внимательномъ знакомствѣ съ ними оказывается, что различіе это сводится къ одной лишь редакціи, существо же дѣла и тамъ и здѣсь остается одно и то же.

О томъ, что по вопросу о времени занятій Думы и Совѣтъ Министровъ и Петергофское Совѣщаніе вполнѣ раздѣляли и проводили точку зрѣнія предположеній гофм. Булыгина, было сказано уже выше. Теперь остается сравнить разрѣшеніе вопроса о времени занятій

---

1) Тамъ же, стр. 216—217.

Думы обѣими статьями, чтобы убѣдиться, что онѣ имѣютъ въ виду одинъ и тотъ же порядокъ.

Ст. 21 проекта устанавливала непосредственную зависимость времени занятій Думы отъ времени занятій Гос. Совѣта. Ст. 4 несомнѣнно отъ этого отказалась. Но значитъ ли это, что, отказавшись отъ механическаго—если можно такъ выразиться—перенесенія на Думу порядковъ Гос. Совѣта въ отношеніи времени его засѣданій, ст. 4 создала новые въ этомъ отношеніи порядки, отличные отъ Гос. Совѣта?

Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, необходимо имѣть въ виду, что ст. 21 разумѣла порядокъ опредѣленія времени занятій Думы, установленный въ ст. 29 Учр. Гос. Сов., изд. 1901 г. Поэтому ст. 4 приходится сравнивать именно съ этой послѣдней.

| Ст. 29 Учр. Гос. Совѣта, изд. 1901 г. | Ст. 4 Учр. Гос. Думы 6 авг. 1905 г. |
|---|---|
| «Собранія Государственнаго Совѣта прерываются на лѣтніе мѣсяцы. Продолжительность вакантнаго въ Совѣтѣ времени опредѣляется особыми на каждый годъ Высочайшими повелѣніями, объявляемыми председателемъ Государственнаго Совѣта». | «Продолжительность ежегодныхъ занятій Государственной Думы и сроки ихъ перерыва въ теченіе года опредѣляются Указами Императорскаго Величества». |

Изъ ст. 29 видно, что засѣданія Гос. Совѣта въ теченіе цѣлаго года прерывались только одинъ разъ—«на лѣтніе мѣсяцы», и продолжительность этого перерыва опредѣлялась «особыми на каждый годъ Высочайшими повелѣніями». Въ зависимости отъ этого продолжительность ежегодныхъ засѣданій Гос. Совѣта eo ipso опредѣлялась тѣми же самыми Высочайшими повелѣніями. Указаніе же въ законѣ времени ежегоднаго перерыва засѣданій Совѣта—«лѣтніе мѣсяцы»—лишь приблизительно опредѣляло его продолжительность указаніемъ времени года, когда онъ бываетъ, такъ что по существу, отъ Высочайшей власти зависѣло опредѣлить эту продолжительность на одинъ годъ больше, а на другой меньше. Въ результатѣ можно сказать, что

по ст. 29 «особыми на каждый годъ», одними и тѣми же, Высочайшими повелѣніями опредѣлялась и продолжительность вакантнаго въ Совѣтѣ времени, положеннаго въ видѣ перерыва («прерывается») на лѣтніе мѣсяцы, и продолжительность ежегодныхъ собраній Гос. Совѣта.

Обращаясь къ ст. 4 нельзя не видѣть близкаго ея сходства, если не полнаго тождества съ ст. 29 Учр. Гос. Сов. Устанавливая, что «продолжительность ежегодныхъ занятій Гос. Думы и сроки ихъ перерыва въ теченіе года опредѣляются указами Императорскаго Величества», ст. 4, очевидно, въ иной лишь нѣсколько редакціи, воспроизводитъ содержаніе ст. 29. Несомнѣнно, что и здѣсь, какъ и по ст. 29, та же органическая и неразрывная связь между продолжительностью перерыва въ занятіяхъ Думы и общею ихъ продолжительностью въ теченіе года, такъ какъ, чѣмъ продолжительнѣе будетъ перерывъ занятій въ теченіе года, тѣмъ короче будутъ самыя ежегодныя занятія Думы и наоборотъ. Мало того, правиломъ, что Высочайшими указами должны быть опредѣлены «сроки перерыва», такъ же, какъ и въ ст. 29, въ зависимость отъ продолжительности перерыва ставится продолжительность занятій, а не наоборотъ и не какъ либо иначе.

Въ результатѣ, если отбросить на минуту упоминаніе ст 29 о времени ежегоднаго перерыва—«лѣтніе мѣсяцы», то не только о близкомъ сходствѣ, но даже о полномъ ихъ тождествѣ по смыслу и содержанію не будетъ никакого сомнѣнія, такъ что одна статья съ успѣхомъ могла бы быть поставлена на мѣсто другой.

Но, не смотря на отсутствіе въ ст. 4 спеціальнаго указанія на время перерыва занятій Гос. Думы, имѣется полное основаніе предполагать, что временемъ этимъ должны были быть также «лѣтніе мѣсяцы», какъ и по ст. 29 для Гос. Совѣта, и что умолчаніе объ этомъ въ ст. 4 объясняется тѣмъ, что для авторовъ ея это являлось вещью, само собою разумѣющейся. Сказанное станетъ совершенно яснымъ, если принять во вниманіе установленное выше тождество отправныхъ точекъ, какъ у мин. вн. д. Булыгина, такъ и у Совѣта Ми-

нистровъ. То, что первый имѣлъ въ виду перерывъ занятій Думы на лѣтніе именно мѣсяцы, какъ и для Гос. Совѣта, видно изъ ст. 21 его проекта, по которой «занятія Государственной Думы прерываются на лѣтніе мѣсяцы». Что же касается второго, то онъ не могъ даже и думать о другомъ времени перерыва для Гос. Думы, чѣмъ о времени перерыва для Госуд. Совѣта, т. е. на лѣтніе мѣсяцы, такъ какъ Дума была призвана къ совмѣстной и, слѣдовательно, параллельной по времени работѣ съ Гос. Совѣтомъ. Къ тому же, какъ было установлено выше, продолжительность ежегодныхъ занятій Думы и Совѣтомъ Министровъ, и гофм. Булыгинымъ предполагалась приблизительно одна и та же, т. е. около семи мѣсяцевъ ежегодно, а Гос. Совѣтъ обычно засѣдалъ около восьми мѣсяцевъ въ году. Поэтому вся возможная разница во времени засѣданій Думы и Совѣта свелась бы лишь къ тому, что перерывъ занятій Думы былъ нѣсколько болѣе продолжителенъ, чѣмъ перерывъ въ засѣданіяхъ Гос. Совѣта, т. е. именно начинался бы нѣсколько раньше и кончался бы нѣсколько позже второго, но такъ сказать, ядромъ своимъ несомнѣнно приходился бы не иначе, какъ на лѣтніе мѣсяцы [1]).

---

[1]) Есть основаніе предполагать, что такія именно соображенія руководили Совѣтомъ Министровъ при измѣненіи имъ редакціи ст. 21 проекта гофм. Булыгина. Несомнѣнно, что и тѣмъ и другимъ занятія Думы и Совѣта предполагались параллельными во времени, что вызывалось и единствомъ работы, и необходимостью взаимныхъ сношеній другъ съ другомъ. «Государственный Совѣтъ, говоритъ «Меморія», кромѣ дѣлъ законодательныхъ, вѣдаетъ также нѣкоторыя дѣла административнаго и даже судебнаго характера. Эти послѣдніе разряды дѣлъ не должны бы подлежать обсужденію Государственной Думы, которая, будучи въ силу рескрипта 18 февраля учрежденіемъ законосовѣщательнымъ, должна отличаться отъ Государственнаго Совѣта, предназначавшагося, по плану графа Сперанскаго, быть учрежденіемъ, объединяющимъ законодательную, административную и судебную части. Обозрѣвая, съ точки зрѣнія указанныхъ началъ, представленныя гофм. Булыгинымъ, предположенія о кругѣ дѣятельности Государственной Думы, Совѣтъ Министровъ призналъ ихъ въ общемъ вполнѣ цѣлесообразными и требующими лишь нѣкоторой редакціонной обработки».—Матеріалы, стр. 14.—«Указанныя начала», о которыхъ говоритъ «Меморія», Совѣтъ Министровъ полностью заимствуетъ изъ «Соображеній» министра внутреннихъ дѣлъ Булыгина,—матеріалы, стр. 91—92.— Послѣдній, несмотря на то, что самъ предполагаетъ нѣкоторый излишекъ въ компетенціи Гос. Совѣта сравнительно съ Гос. Думой, все таки абсолютно уравнялъ продолжительность ихъ ежегодныхъ занятій, опредѣливъ въ ст. 21 своего проекта, что «засѣданія Государственной Думы преры-

Подтвержденіемъ этого можетъ служить указаніе члена Гос. Совѣта Манухина, принимавшаго участіе въ работахъ по составленію учрежденія Гос. Думы 6 августа и въ Совѣтѣ Министровъ, и въ Петергофскомъ Совѣщаніи. Въ качествѣ докладчика комиссіи по выработкѣ наказа Гос. Совѣта онъ сказалъ: «я могу доложить Государственному Совѣту, чѣмъ руководствовалась комиссія, а также законодательная власть, при составленіи тѣхъ правилъ, которыя говорятъ о сессіи. Предполагалось, что сессія будетъ протекать, примѣрно съ октября и до лѣта, т. е. будетъ захватывать осень одного года, а также зиму и весну другого» [1]).

Слѣдовательно, предполагалось, что промежутокъ между сессіями упадетъ именно на лѣтніе мѣсяцы.

Все сказанное имѣло въ виду содержаніе ст. 4. Но не трудно доказать, что даже съ внѣшней стороны, въ отношеніи самыхъ выраженій, она представляетъ изъ себя комбинацію ст. 29 Учр. Гос. Сов. и ст. 21 проекта гофм. Булыгина. Такъ, выраженіе «продолжительность» взято изъ ст. 29 («продолжительность»), «занятія Государственной Думы»—изъ ст. 21 («занятія Государственной Думы»), «сроки перерыва»—изъ ст 21 («занятія... *прерываются*..., въ *сроки*... для *перерыва* занятій Государственнаго Совѣта», причемъ выраженіе «прерываются» есть и въ ст. 29), «въ теченіе года»—изъ ст. 29 («на каждый годъ»), наконецъ, «опредѣляются указами Императорскаго Величества»—изъ ст. 29 («опредѣляется .. Высочайшими повелѣніями»).

Такимъ образомъ можно считать установленнымъ, что ст. 4 ни со стороны содержанія, ни со стороны

---

ваются на лѣтніе мѣсяцы въ сроки, положенные для перерыва занятій Государственнаго Совѣта». Наличность такой непослѣдовательности въ предположеніяхъ гофм. Булыгина и послужила, очевидно, основаніемъ для Совѣта Министровъ къ «нѣкоторой редакціонной обработкѣ» предположеній перваго не только по вопросамъ о компетенціи, но и по вопросу о времени занятій Думы. Но, конечно, это есть не больше, какъ предположеніе. Если бъ, однако, оно оправдалось, тогда найдено бъ было историческое объясненіе того обстоятельства, что особое совѣщаніе по согласованію учрежденій Гос. Думы и Гос. Совѣта съ Манифестомъ 17 октября 1905 г. признало непріемлемымъ предложеніе 10 членовъ совѣщанія, чтобъ Совѣтъ и Дума созывались и закрывались одновременно.—См. В. М. Гессенъ, На рубежѣ, 1906, стр. 239.

[1]) Стеногр. отч. Гос. Сов., сессія I, засѣд. 7, стр. 15.

отдѣльныхъ выраженій не внесла ничего новаго, а осталась полностью въ рамкахъ, намѣченныхъ въ ст. 29 Учр. Гос. Сов. и ст. 21 проекта.

§ 5. Теперь спрашивается: какой же смыслъ и значеніе имѣла ст. 4 въ системѣ учрежденія 6 августа?

Предшествующее изложеніе имѣло въ виду доказать, что при разрѣшеніи вопроса о времени занятій Думы авторы ст. 4 исходили изъ порядковъ опредѣленія времени засѣданій стараго Гос. Совѣта и изъ необходимости согласованія ихъ занятій во времени. Но старый Гос. Сов. былъ учрежденіемъ постояннымъ [1]), которое никогда не распускалось, а потому не нуждалось и въ особомъ созывѣ. Таковъ же ли былъ характеръ Думы 6 августа, или ст. 4 ея учрежденія обезпечила ей лишь *ежегодность созыва*, какъ то думаетъ, напр., бар. Нольде? [2])

Несомнѣнно, что, въ отличіе отъ Гос. Совѣта, личный составъ Думы подлежалъ переизбранію черезъ каждыя пять лѣтъ (ст. 2) и при досрочномъ ея роспускѣ «до истеченія пятилѣтняго срока» (ст. 3). Но это касалось только личнаго состава ея, сама же она. какъ учрежденіе, имѣла такой же постоянный характеръ, какъ и Гос. Совѣтъ. Поскольку объ этомъ можно судить по тѣмъ цѣлямъ, которыя имѣлись въ виду законодателемъ, то, какъ подробно изложено было выше, цѣли эти сводились къ созданію новаго законосовѣщательнаго учрежденія по образцу Гос. Совѣта и въ частности съ характеромъ именно постояннымъ и лишь съ тѣми отклоненіями, которыя вытекали изъ самаго существа новаго учрежденія. На это указываютъ и «соображенія» гофм. Булыгина, и «Меморія» Совѣта Министровъ, говорящія о созданіи Думы, какъ учрежденія постояннаго и непрерывно дѣйствующаго, и изложенные выше дебаты въ Петергофскомъ Совѣщаніи по поводу редакціи ст. 3 учр. 6 августа, чѣмъ былъ особенно подчеркнутъ основной характеръ Думы, какъ постояннаго учрежденія и притомъ въ томъ именно его пониманіи, какое было въ проектѣ Совѣта Министровъ,

---

[1]) Ср. бар. Б. Э. Нольде, назв. соч., Право, 1911, стр. 1679.
[2]) Тамъ же, стр. 1680—81.

тождественнаго въ этомъ отношенiи съ предположенiями гофм Булыгина. Приведенныя же выше выдержки изъ «Соображенiй» гофм. Булыгина съ несомнѣнностью говорятъ за то, что характеръ *постояннаго* учрежденiя Думы предполагался тотъ же, что и характеръ стараго Гос. Совѣта. Помимо всего прочаго это особенно ясно сказывается въ той дилеммѣ, какая возникала при опредѣленiи формы участiя избранныхъ отъ населенiя въ законосовѣщательной дѣятельности: или включить ихъ въ томъ или иномъ видѣ въ составъ самаго Гос. Совѣта, или образовать изъ нихъ особое законосовѣщательное учрежденiе. Предпочтенiе отдается второму выходу исключительно изъ опасенiя исказить уже испытанное законосовѣщательное учрежденiе Гос. Совѣта и не достигнуть главной задачи реформы: непосредственнаго общенiя Монарха съ народомъ. О неприложимости же къ участiю избранныхъ отъ населенiя въ законосовѣщательной дѣятельности характера постоянства Гос. Совѣта нѣтъ и рѣчи. Наоборотъ, какъ видно изъ первой части дилеммы, это представляется совершенно естественнымъ. При этомъ Дума должна была явиться первой, а Гос. Совѣтъ второй инстанцiей при «строгомъ проведенiи въ устройствѣ ея основныхъ очертанiй устройства Гос. Совѣта».

Обычно въ разрѣшенiи вопроса о времени занятiй представительныхъ учрежденiй конституцiонныхъ государствъ сказывается взаимный удѣльный вѣсъ высшихъ государственныхъ органовъ и, потому, чѣмъ прочнѣе традицiи абсолютной монархiи и слабѣе народное представительство, тѣмъ меньше устанавливается въ законѣ гарантiй въ отношенiи ежегодной продолжительности занятiй представительныхъ учрежденiй и наоборотъ, чѣмъ больше значенiя отводится послѣднимъ, тѣмъ больше обезпечивается ежегодная продолжительность ихъ занятiй. Логическимъ развитiемъ этой формулы является quasi—перманентный характеръ представительныхъ учрежденiй въ государствахъ съ наиболѣе развитой системой парламентаризма [1]). Исторiя

[1]) «...le gouvernement parlementaire,... tend invinciblement à la quasi—permanence des assemeblées représentatives». p. 660; «Cependant le Parle-

знаетъ даже подлинныя постоянныя законодательныя учрежденія, вынесенныя на гребнѣ великой французской революціи въ конституціяхъ, 1791, 1793 и III г.г. [1]). И въ томъ и въ другомъ случаѣ указанный характеръ представительныхъ учрежденій обусловливается ихъ превалирующимъ значеніемъ въ государственномъ механизмѣ. Здѣсь народное представительство является органомъ сувереннаго народа, передъ волей котораго склоняется все, и такое его положеніе является въ результатѣ борьбы съ монархической властью и побѣды надъ ней. Благодаря этому наибольшее расширеніе дѣятельности представительныхъ учрежденій знаменуетъ собою наибольшее ограниченіе монархической власти.

Никакой, конечно, аналогіи, даже самой отдаленной, нѣтъ между названными учрежденіями и Думой 6 августа съ ея постояннымъ характеромъ [2]).

При объясненіи такого ея характера нужно исходить изъ природы законосовѣщательнаго учрежденія въ абсолютной монархіи. При созданіи такихъ учрежденій имѣется въ виду, конечно, не ограниченіе монархической власти, а вооруженіе ея наиболѣе совершенными органами, обезпечивающими наибольшую ея освѣдом-

---

ment anglais a une activité presque ininterrompue, et l'on peut dire qu'elle lui est assurée .. surtout par le génie même du gouvernement parlementaire». p.p. 661—662; «Enfin, ...les principes généraux de notre droit constitutionnel suffisent à eux seuls pour assurer aux Chambres une activité presque continue. . C'est . surtout le fonctionnement même du gouvernement parlementaire: le ministère, politiquement responsable, ne saurait sans dangez pour sa propre autorité, pour son existence même se soustraire pendant un long temps au contact et au contrôle du Parlement, que le domine et qui peut le renverser... L'intervalle qui separe les deux sessions ne représente plus en réalité que des vacances parlementaires indispensables, et nous avons en fait le système de la permanence». p.p. 669—670. Esmein, Eléments de Droit constitutionnel français et comparé. V ed. Paris. 1909. «...wir wohnten in Belgien einer Session bei, die erst am Tage vor der Eröffnung der folgenden, von der Verfassung selbst vorgeschriebenen Session, geschlossen wurde». Errera. Das Staatsrecht des königreichs Belgien. Tübingen 1909, S. 102. Въ этомъ сказывается то «верховное начало парламентаризма», которое «требуетъ постояннаго согласія между политикой министерства и желаніями большинства нижней палаты парламента». Соколовъ. Парламентаризмъ. Спб. 1912, стр. 319.

[1]) Esmein, Élément, p.p. 656—658. Ср. Л. А. Шалландъ. Иммунитетъ Народныхъ Представителей, т. I, Юрьевъ, 1911, стр. 219, прим. 2.

[2]) На полную неприложимость аналогій съ положеніемъ «вещей въ западно-европейскихъ государствахъ... по коренному различію ихъ политическихъ условій» указываетъ уже гофм. Булыгинъ въ своихъ «Соображеніяхъ», стр. 77.

ленность по дѣламъ подлежащимъ ея рѣшенію и, слѣдовательно, усиливающими ее. Отсюда, чѣмъ продуктивнѣе работа таких органовъ, тѣмъ сильнѣе монархическая власть. Съ этой точки зрѣнія постоянный характеръ законосовѣщательнаго учрежденія сообщается ему отнюдь не въ его собственномъ интересѣ, а въ видахъ удобствъ и возможности постояннаго обращенія къ его услугамъ. Поэтому наиболѣе правильнаго и продолжительнаго функціонированія его въ теченіе года требуютъ интересы монархической власти. Что же касается самаго законосовѣщательнаго учрежденія, то отведенная ему служебная роль едва ли можетъ породить въ немъ стремленіе къ увеличенію продолжительности ежегодныхъ его занятій. Напротивъ того, наиболѣе продолжительный ежегодный перерывъ его дѣятельности представляется для него болѣе желательнымъ и даже своего рода привиллегіею. Можно даже сказать, что предоставленное само себѣ такое учрежденіе скорѣе стремилось бы къ увеличенію продолжительности ежегоднаго перерыва, чѣмъ къ увеличенію продолжительности ежегодныхъ своихъ занятій. Поэтому надѣленіе его постояннымъ характеромъ совершается скорѣе въ интересахъ монархической власти, чѣмъ самаго учрежденія.

Полная возможность примѣненія такой точки зрѣнія къ Думѣ 6 августа объясняется не только желаніемъ законодателя сохранить крѣпкую связь съ историческимъ прошлымъ въ видѣ перенесенія на Думу основныхъ чертъ устройства и условій дѣятельности стараго Гос. Совѣта, но и цѣлью, какая ставилась новому законосовѣщательному учрежденію, и объемомъ ея полномочій.

Задача Думы заключалась въ томъ, чтобы обезпечить «для Самодержца дѣйствительную возможность находится въ общеніи съ мыслью народной... постоянно, непрерывно и по всѣмъ, сколько-нибудь существеннымъ, предметамъ Государственнаго устроенія [1]). Поэтому народные представители, составляющіе Думу, какъ это прекрасно выражено въ «Соображеніяхъ» гофм. Булы-

1) Матеріалы по Учр. Гос. Думы, стр. 70.

чина, «въ соотвѣтствіи съ основаніями нашего государственнаго строя, должны являться не представителями воли и требованій населенія, а лишь выразителями у Престола нуждъ и пользъ народныхъ, по скольку и какъ эти нужды понимаются населеніемъ» [1]).

По опредѣленію «Меморіи» Совѣта Министровъ «ступень, на которой должна была стоять Дума въ ряду учрежденій, содѣйствующихъ Верховной власти въ державныхъ трудахъ ея по устроенію Государства», опредѣляется тѣмъ, что «разсмотрѣніе Думою законодательныхъ предположеній, какъ предварительное, должно, очевидно, предшествовать внесенію этихъ предположеній въ Государственный Совѣтъ и свидѣтельствовать о взглядахъ и мнѣніяхъ населенія по предстоящимъ разсмотрѣнію Совѣта вопросамъ» [2]). Слѣдовательно, съ созданіемъ Думы имѣлось въ виду лишь восполненіе системы органовъ, содѣйствующихъ Монарху въ осуществленіи лежащихъ на немъ задачъ, а отнюдь не образованіе какой либо самостоятельной силы, способной итти въ разрѣзъ съ волей Монарха.

Въ виду этого естественно, что Дума, «не соглашаясь съ какимъ либо внесеннымъ въ нее законодательнымъ предположеніемъ по существу», не имѣла «возможности воспрепятствовать его осуществленію» [3]). Объясняется это тѣмъ, что постановленія ея по дѣламъ, подлежащимъ ея разсмотрѣнію, не суть рѣшенія, а лишь *заключенія*, которыя по ст. 48 Учрежденія должны были представляться на Высочайшее благовоззрѣніе вмѣстѣ съ положеніемъ Гос. Совѣта, а по ст.ст. 52 и 53 ея Учр. Гос. Совѣтъ могъ приступить къ разсмотрѣнію такихъ вопросовъ и безъ наличности такого ея заключенія. Не больше значенія имѣло и запросное право Думы—ст.ст. 58—61, такъ какъ признаніе неудовлет-

---

[1]) Тамъ же, стр. 74.

[2]) Тамъ же, стр. 5. Въ Манифестѣ 6 августа о такомъ положеніи Думы было сказано «..призвать выборныхъ людей отъ всей земли Русской къ постоянному и дѣятельному участію въ составленіи законовъ, включивъ для сего въ составъ высшихъ государственныхъ учрежденій особое законосовѣщательное установленіе, коему предоставляется предварительная разработка и обсужденіе законодательныхъ предположеній и разсмотрѣніе росписи государственныхъ доходовъ и расходовъ».

[3]) Матеріалы, стр. 85.

ворительными объясненій министровъ и главноуправляющихъ отдѣльными частями, само по себѣ, никакой санкціи не имѣло, а восходило «черезъ Государственный Совѣтъ на Высочайшее благовоззрѣніе» — ст. 61. Если же къ этому прибавить, что по ст. 52 Дума въ извѣстныхъ случаяхъ должна была приступить къ разсмотрѣнію дѣла въ опредѣленный—двухнедѣльный срокъ, а по ст. 53 въ другихъ случаяхъ ей могъ быть назначенъ Гос. Совѣтомъ срокъ для вынесенія заключенія, то придется признать, что наличность такого законосовѣщательнаго учрежденія совершенно не могла внести съ собой никакихъ измѣненій въ исторически сложившейся системѣ Государственной власти. Поэтому и при немъ вся полнота государственной власти по прежнему сосредоточивалась въ рукахъ неограниченно-самодержавнаго Монарха, и Дума 6 августа такъ же не ограничивала его ни въ какомъ отношеніи, какъ и всѣ другія «высшія государственныя учрежденія», въ составъ которыхъ она была включена [1]). Положеніе это совершенно ясно было выражено въ манифестѣ отъ отъ того же числа, говорившемъ, что сохраняется «неприкосновеннымъ основной законъ Россійской Имперіи о существѣ самодержавной власти» [2]).

Въ тѣсной связи съ общимъ характеромъ Думы, какъ постояннаго законосовѣщательнаго учрежденія стоитъ и разрѣшеніе вопроса о времени ея занятій въ ст. 4 учрежденія 6 августа.

Какъ установлено было выше, статья эта полностью восприняла въ себя порядки, касающіеся вопроса о времени засѣданій Гос. Совѣта, т. е. понятіе сессіи послѣдняго [3]). Поэтому, несмотря на то, что въ Петергофскомъ Совѣщаніи было отклонено предположеніе обозначить ежегодныя занятія Думы словомъ «сессія»

---

1) Манифестъ 6 августа 1905 г.

2) Ср. Н. И. Паліенко, Основные законы и форма правленія въ Россіи, Харьковъ, 1910, стр. 34. Нельзя, однако, согласиться съ авторомъ въ томъ, что Дума 6 авг. была совѣщательнымъ учрежденіемъ «не столько непосредственно при Монархѣ, сколько при совѣщательномъ же учрежденіи— Гос. Совѣтѣ».

3) Ст. 30 Учр. Гос. Сов. засѣданія его въ теченіе года называетъ *сессіей*.

можно говорить о сессіи Думы, какъ и сессіи Гос. Совѣта. Что же представляла изъ себя эта сессія?

Понятіе сессіи прочно установлено въ правѣ конституціонныхъ монархій [1]. Подъ нимъ разумѣется квалифицированный періодъ времени, въ теченіе котораго засѣдаютъ законодательныя палаты и съ которымъ связаны важныя юридическія и политическія послѣдствія. Благодаря этому опредѣленіе начала и конца сессіи влечетъ за собою и опредѣленіе времени дѣйствія связанныхъ съ нею послѣдствій. Такое значеніе сессіи объясняется законодательнымъ характеромъ палатъ, согласіе которыхъ требуется по всѣмъ вопросамъ ихъ компетенціи, въ силу чего дѣйствія правительства во время сессіи являются естественно болѣе связанными, чѣмъ при отсутствіи палатъ. Стоитъ только вспомнить, что прекращеніе сессіи всюду, гдѣ такое право существуетъ, открываетъ возможность примѣненія, такъ называемаго, чрезвычайно-указнаго права, т. е. временнаго законодательствованія правительства. Въ отношеніи самихъ палатъ съ сессіей связано дѣйствіе, такъ называемой депутатской неприкосновенности [2]. Кромѣ того, дѣленіе занятій на сессіи знаменуетъ собою прерывность работъ парламента, такъ какъ то, что не кончено въ одну сессію не можетъ быть продолжено въ другую и для него требуется возобновленіе работъ съ самаго начала. Наконецъ, только въ теченіе сессіи палаты являются конституированными учрежденіями, съ окончаніемъ же ея онѣ какъ бы разсыпаются, въ силу чего съ возобновленіемъ сессіи онѣ принуждены конституироваться вновь. Отдѣльными моментами сессіи являются: созывъ палатъ на сессію (Berufung), закрытіе ея (Schliessung, clôture) и, наконецъ, пріостановка ея (Vertagung. ajournement); всѣ они имѣютъ совершенно опредѣленное значеніе.

Ничего подобнаго нѣтъ въ отношеніи сессіи Думы 6 августа. Ни во время существованія стараго Гос. Совѣта, ни съ введеніемъ законосовѣщательной Думы

---

[1] Для всѣхъ подобныхъ сравненій здѣсь берутся только конституціонныя монархіи.

[2] Л. А. Шалландъ, Иммунитетъ, т. I, стр. 3—4.

наше право не знало чрезвычайно-указнаго права, такъ какъ въ немъ не было никакой надобности [1]). Что законодательная власть Монарха нисколько не стѣснялась Гос. Совѣтомъ—общеизвѣстно. Достаточно указать на то, что даже послѣ закона 6 іюня 1905 г. «объ устраненіи отступленій въ порядкѣ изданія законовъ» всѣ важнѣйшіе законодательные акты, начиная учрежденіемъ Думы 6 августа 1905 г. и кончая новыми Основными Законами 23 апрѣля 1906 г., были изданы помимо Гос. Совѣта. Ничего въ этомъ отношеніи не измѣнилось и съ появленіемъ Думы 6 августа, такъ какъ и она отнюдь не закрывала возможности законодательствованія не только вопреки ея заключеніямъ, но и безъ всякаго обращенія къ ней. Съ этой точки зрѣнія начало и конецъ думской сессіи были лишены всякаго значенія

Не связывалось съ думской сессіей и депутатской неприкосновенности. Во-первыхъ, для Думы 6 августа таковой, въ качествѣ изъятія изъ уголовно-процессуальнаго права, не существовало вовсе. Во-вторыхъ, та своеобразная «неприкосновенность», какую устанавливала ст. 15 Учр. въ видѣ правила, что членъ Думы «можетъ быть подвергнутъ лишенію или ограниченію свободы не иначе, какъ по распоряженію судебной власти, а равно не подлежитъ личному задержанію за долги», не была связана съ сессіей, а относилась ко всему времени состоянія его членомъ Думы [2]).

Не устанавливалось для нея и раздѣльности работъ между отдѣльными сессіями—того, что технически обозначается раздѣльностью сессій (дисконтинуитетъ). Правда, иногда даже въ конституціонныхъ государствахъ нѣтъ прямыхъ постановленій о раздѣльности сессій, тѣмъ не менѣе и тамъ начало это признается въ качествѣ дѣйствующаго права — настолько оно представляется тѣсно связаннымъ съ самымъ понятіемъ сессіи [3]).

---

1) Коркуновъ, Указъ и Законъ, стр. 287—288.

2) *Л. А. Шалландъ*, Иммунитетъ, т. II, стр. 386.

3) «In vielen Verfassungen ist dieses Prinzip gar nicht ausgesprochen—so in der des Deutschen Reiches und der preufsischen, wird aber trotzdem als selbstverständlich betrachtet... Stahl motiviert es, echt naturrechtlich, damit, dafs es beruhe «auf dem allgemeinen europäischen Rechtsbewufstsein

Полная неприложимость дисконтинуитета сессіи для Думы 6 августа явствовала уже изъ одного того, что по историческому своему происхожденію въ Англіи, онъ былъ выработанъ, какъ средство борьбы съ королевской властью [1]).

Наконецъ, не было установлено и необходимости новаго конституированія Думы въ началѣ каждой сессіи. Правда, ст.ст. 9 и 11 Учр. 6 августа предусматривали ежегодное переизбраніе предсѣдателя Думы, его товарища и предсѣдателей отдѣловъ Думы и этотъ годовой срокъ несомнѣнно стоялъ въ связи съ обозначеніемъ самыхъ занятій Думы ежегодными въ ст. 4, т. е. ежегодною ея сессіею, тѣмъ не менѣе годовой срокъ полномочій названныхъ лицъ и ежегодныя занятія Думы величины не совпадающія. Во-первыхъ, ежегодная сессія по ст. 4 должна была прерываться на лѣтніе мѣсяцы, во-вторыхъ, въ слѣдующемъ году она могла начаться ранѣе истеченія годового срока полномочій названныхъ лицъ, наконецъ, для всѣхъ ихъ, при возможности разновременнаго избранія, начало и конецъ ихъ годовыхъ полномочій можетъ быть чрезвычайно различенъ. Благодаря этому, окончаніе одной сессіи не влечетъ за собою прекращенія ихъ полномочій, а начало новой— не дѣлаетъ необходимымъ ихъ переизбраніе. Что же касается другихъ органовъ Думы—отдѣловъ, то обра-

---

und der europäischen Gewöhnung, dafs mit der Schliefsung der Kammern alle ihre nicht völlig beendeten Arbeiten expirieren». *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre. 2 Aufl. Berlin, 1905, S. 338, № 1. Въ отношеніи Германской имперіи см. *Labanb*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5 Aufl., I B. Tübingen, 1911, S. 342—343: «Obwohl dieser Satz reichsgesetzlich nicht direkt ausgesprochen ist, so steht er doch in so unbezweifelter Geltung, das eine Abweichung von demselben nur auf Grund eines besonderen Reichsgesetzes zulässig erscheint». Для Пруссіи см. *Rönne*, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie. 5 Aufl., bearb. Zorn, I B., Leipzig, 1899, S. 349. Для Австріи см. *Bernatzik*, Die Österreichischen Verfassungsgesetze mit Erläuterungen, Wien, 1911, S. 405. Ср. *Н. И. Лазаревскій*, Лекціи, т. I, 1910, стр. 352—3; проф. *С. А. Корфъ*, Вліяніе роспуска палаты на правовое значеніе принятыхъ ею законопроектовъ, Право, 1909, № 14; бар. *Б. Э. Нольде*, Очерки, стр. 38.

[1]) *Hatschek*, Englisches Staatsrecht, B. I, Tübingen, 1905, S. 357: «...in England diese Discontinuität am Vorabend der Revolution als Kampfmittel gegen das Königtum durchgesetzt wurde und der Anfang des Hinübergleitens der Staatsgewalt vom König zum Parlament war». Ср. *Лазаревскій*, Лекціи, т. I, 1910, стр. 351; *С. А. Корфъ*, назв. соч., Право, 1909, № 14, стр. 865.

зованіе ихъ тѣмъ болѣе не поставлено было ни въ какую зависимость отъ занятій Думы по сессіямъ.

Послѣ всего сказаннаго становится совершенно понятнымъ незнаніе учрежденіемъ 6 августа и основныхъ моментовъ сессіи конституціоннаго права: созыва, закрытія и пріостановки.

По скольку рѣчь идетъ о созывѣ главою государства представительныхъ учрежденій, понятіе «созыва» имѣетъ совершенно опредѣленное значеніе. Подъ нимъ разумѣется право и обязанность главы государства созвать представительныя учрежденія, назначивъ сроки начала ихъ занятій, при чемъ для послѣднихъ только при этомъ условіи возникаетъ легальная возможность собраться въ качествѣ именно представительныхъ учрежденій, конституироваться и приступить къ своимъ занятіямъ [1]).

Начало созыва палатъ ведетъ свое начало изъ Англіи. Первоначально здѣсь парламентъ всецѣло зависитъ отъ короля, который созываетъ его по мѣрѣ надобности и по минованіи послѣдней распускаетъ его окончательно [2]), вслѣдствіе чего каждый новый созывъ сопровождался новыми выборами [3]). Значитъ, непре-

---

[1]) «Der verfassungsmässige Beginn der Tätigkeit des Unterhauses ist an eine Reihe von Formalacten als Voraussetzungen geknüpft: an die Einberufung durch die Krone...» Redlich. Recht und Technic des Englischen Parlamentarismus. Leipzig, 1905, S. 306. «Die Berufung der Kammern ist das ausschlissliche Recht des Königs. Sie dürfen also in keinem Falle ohne eine solche Einberufung zusammentreten, weder von irgend einer andern Person oder Behörde dazu aufgefordert, noch an gewissen Tagen ohne Berufung. Somit ist jedes Zusammentreten der Kammern ohne landesherrliche Berufung verfassungswidrig, und wenn es dennoch stattfinden sollte, so würden alle von einer solchen Versammlung gefassten Beschlüsse null und nichtig, jede Teilnahme daran aber würde strafbar sein». Rönne. Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie. 5 Aufl., bearb. von Zorn., B. I. Leipzig, 1899, S.S. 338 339. Cp. Laband. Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 5 Aufl., I B., Tübingen, 1911, S. 341; Arndt. Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Berlin, 1901, S.S. 129—130; G. Meyer. Lehrbuch des Deutschen Staatsrecht. 6 Aufl., bearb. von Anschutz, Leipzig, 1905, S. 324; Bernatzik. Die österreichisen Verfassungsgesetze mit Erläuterungen. 2 Aufl., Wien, 1911, S. 404; Jellinek. Allgemeine Staatslehre. 2 Aufl., Berlin, 1905, S. 667.

[2]) *Esmein*, Elements, p. 659: «En Angleterre... à l'origine, le Parlement, distinct du roi, n'avai aucun droit propre: il ne se réunissait que pour «conseiller et aider» le roi, et sur son ordre. Le roi donnait naissance à un Parlement en ordonnant de procéder à l'élection des membres de la Chambre des Communes; il mettait fin, quand bon lui semblait, à sa mission et à ses pouvoirs».

[3]) *Hatschek*, Englisches Staatsrecht, S. 337.

мѣннымъ условіемъ собраній парламента была воля короля. Съ теченіемъ времени, въ виду большихъ трудностей, связанныхъ съ производствомъ новыхъ выборовъ, вырабатывается обычай созывать нѣсколько разъ парламентъ безъ производства новыхъ выборовъ, такъ что одинъ и тотъ же личный составъ нижней палаты созывается нѣсколько разъ и участвуетъ, такимъ образомъ, въ нѣсколькихъ сессіяхъ [1]). Дѣлалось это обычно въ формѣ пророгаціи даннаго парламента «ad continuandum praliamentum». И окончательный роспускъ, и пророгація объявляются въ особой королевской прокламаціи, на основаніи которой издается особый приказъ шерифамъ или произвести новые выборы, или прислать депутатовъ отсроченнаго парламента [2]). Послѣ этого значеніе созыва по прежнему сохранило конституирующее значеніе для парламента независимо отъ того собиралась ли нижняя палата въ старомъ или новомъ составѣ. Новые выборы надѣляли отдѣльныхъ коммонеровъ правомъ участія въ парламентѣ; созывъ же создавалъ самый парламентъ. Въ послѣдствіи, представленіе о томъ, что парламентъ создается вновь каждый разъ, хотя и сгладилось, тѣмъ не менѣе принципъ, что для начала его дѣятельности требуется воля короля въ видѣ *созыва* осталась и въ настоящее время [3]). При этомъ самое понятіе *созыва* на каждую отдѣльную сессію до нѣкоторой степени соотвѣтствуетъ дѣйствительности и въ настоящее время, такъ какъ съ закрытіемъ сессіи (prorogation) послѣдствія для самаго парламента тѣже, что и при роспускѣ его (dissolution): и въ томъ и другомъ случаѣ парламентъ прекращаетъ свое бытіе, какъ конституированное учрежденіе, благодаря чему для новаго его появленія требуется особый актъ королевской воли. Кромѣ того, и судьба дѣлъ, не доведенныхъ до конца, въ обоихъ случаяхъ одинакова: съ началомъ новой сессіи, независимо отъ того предшествовали ей новые выборы или нѣтъ, они нуждаются въ новомъ ихъ внесеніи въ парламентъ.

---

1) Ibid. S. 342, 344.
2) Ibid. S. 338.
3) Redlich, Recht und Technik..., S. 306.

Въ правѣ другихъ государствъ, усвоившихъ позаимствованный такъ или иначе изъ Англіи принципъ народнаго представительства, хотя и произошло дальнѣйшее развитіе по данному вопросу, выразившееся въ отказѣ нѣкоторыхъ законодательствъ [1]) отъ начала созыва и въ опредѣленіи въ самомъ законѣ момента открытія дѣятельности палатъ, тѣмъ не менѣе, въ большинствѣ представительныхъ монархій [2]) начало созыва усвоено и имѣетъ указанное значеніе.

На первый взглядъ можетъ показаться вполнѣ возможнымъ усвоеніе начала созыва въ отношеніи ежегодной сессіи Думы 6 августа тѣмъ болѣе, что опредѣленіе начала ея зависѣло отъ Государя. Тѣмъ не менѣе, такого усвоенія сдѣлано не было и не только потому, что не имѣлось въ виду подражанія конституціоннымъ образцамъ, но и за полной его ненадобностью. Созывъ обычно слѣдуетъ за закрытіемъ сессіи, влекущей за собой прекращеніе не только дѣятельности палатъ, но и временное прекращеніе ихъ существованія, какъ таковыхъ. Поэтому для новаго возрожденія ихъ можетъ понадобиться особый актъ въ видѣ созыва. Въ томъ же случаѣ, когда занятія палатъ лишь временно пріостанавливаются безъ закрытія самой сессіи, для возобновленія занятій палатъ спеціальнаго созыва не требуется даже и тамъ, гдѣ начало это принято во всемъ объемѣ и палаты сами собираются въ заранѣе назначенный для того срокъ [3]). При этомъ онѣ продолжаютъ свои работы съ того пункта, на которомъ онѣ остановились и въ томъ самомъ устройствѣ, въ какомъ застала ихъ пріостановка.

---

[1]) Нидерланды, Швеція, Норвегія, Данія, Бельгія, Румынія. Греція и Португалія до послѣдняго переворота. Ср. А. С. Алексѣевъ. Къ вопросу о юридической природѣ власти монарха въ конституціонномъ государствѣ. Ярославль, 1910, стр. 101—102. Однако, созывъ экстренныхъ сессій и въ этихъ государствахъ зависитъ отъ монарха.

[2]) Rönne, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie. S. 338, № 3.

[3]) О различіи пріостановки и закрытія сессіи см.: *Laband*, Staatsrecht, 1911, S.S. 342-343; *Arndt*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901, S.S. 131—133; *G. Meyer*, Lehrbuch des deutschen Staatsrecht, 6 Aufl, bearb. v. Auschütz. 1905, S.S. 325-326; *Rönne*, Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie. 1899, S.S. 345—352; *Bernatzik*, Die österreichischen Verfassungsgesetze. S.S. 404—408; *Ulbrich*. Oesterreichisches Staatsrecht, 1909, S. 154; *O. Mayer*, Das Staatsrecht des Königrechs Sachsen, 1909, S.S. 138—139; *Н. И. Лазаревскій*, . екціи, т. I, 1910, стр. 349.

Дума 6 августа, какъ учрежденіе постоянное, такихъ моментовъ «небытія» не знала. «Перерывъ» ея занятій въ теченіе года былъ лишь временной ихъ остановкой въ рамкахъ между сроками начала и конца перерыва, по истеченіи котораго занятія Думы возобновлялись сами собою. Такой перерывъ занятій Думы, хотя и полагалъ конецъ ея «ежегодныхъ занятій» (сессіи), однако ни въ какомъ случаѣ не могъ быть названъ закрытіемъ сессіи въ техническомъ значеніи этого слова. Какъ уже было сказано выше, съ нимъ не соединялось ни одного изъ признаковъ обычныхъ при закрытіи сессіи законодательныхъ палатъ, слѣдовательно, не проводилось юридической грани между занятіями одного года и занятіями другого. Поэтому и при возобновленіи занятій не требовалось ни созыва, ни открытія, ни новаго конституированія, ни возобновленія, наконецъ, сначала всего недоконченнаго въ предшествующую сессію.

Самое названіе промежутка между занятіями двухъ смежныхъ лѣтъ (между сессіями) «перерывъ» вполнѣ точно выражаетъ мысль законодателя, такъ какъ перерывъ приносилъ съ собою лишь временную остановку занятій, не проводя между ними юридической границы. Временный характеръ остановки сказывался и въ томъ, что для перерыва должны были опредѣляться сроки, т. е. въ одномъ и томъ же указѣ долженъ былъ быть обозначенъ и срокъ его начала и срокъ конца его.

Отсюда «перерывъ» думскихъ занятій болѣе всего напоминаетъ пріостановку сессіи (Vertagung, ajournement) въ техническомъ смыслѣ этого термина, такъ какъ она, въ отличіе отъ закрытія сессіи, не влекла прекращенія связанныхъ съ послѣдней послѣдствій, а лишь временно останавливала работу палатъ на извѣстный срокъ, послѣ котораго занятія ихъ возобновлялись сами собой и притомъ съ того момента, на которомъ онѣ остановились [1]).

---

[1]) Конституціонная практика Запада знаетъ примѣръ того, что занятія парламента въ теченіе цѣлой легислатуры только пріостанавливались, благодаря чему сессія и легислатура совпадали. Обычно, какъ на единственный примѣръ такого рѣдкаго явленія указываютъ на Италію. См. *Лаза-*

Тѣмъ не менѣе перерывъ ст. 4 не былъ пріостановкой сессіи и сходство его съ послѣдней лишь случайное. Назначеніе его было быть окончаніемъ ежегодныхъ занятій и—поскольку они могли быть названы сессіей— закрытіемъ сессіи, какъ это и было съ дѣленіемъ сессій стараго Гос. Совѣта. Юридическое же его содержаніе опредѣлялось основнымъ характеромъ Думы 6 августа, какъ постояннаго законосовѣщательнаго учрежденія. Что же касается его сходства съ пріостановкой сессіи конституціоннаго права, то она является слѣдствіемъ того случайнаго совпаденія, что ни тотъ ни другая не имѣютъ никакихъ послѣдствій, кромѣ остановки дѣятельности палатъ. Но въ то же время между ними есть и коренное различіе, обусловливающееся разницей понятій сессіи Думы 6 августа и понятіемъ сессіи конституціоннаго права. Обычно всѣ послѣдствія связанныя съ послѣднимъ понятіемъ, продолжаютъ дѣйствовать и во время пріостановки, которая разсматривается, какъ часть длящейся сессіи. Съ перерывомъ же думскихъ занятій никакихъ измѣненій не могло произойти по самому существу дѣла. Въ самомъ дѣлѣ, разъ никакихъ особыхъ послѣдствій не соединялось даже съ занятіями Думы, кромѣ суточнаго довольствія ея членовъ, то естественно, что никакого измѣненія въ отношеніи ихъ не могло произойти и съ перерывомъ занятій: никакихъ послѣдствій одинаково не было ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ.

§ 6. Иное толкованіе ст. 4 Учр. 6 августа даетъ бар. Б. Э. Нольде. Оно сводится къ слѣдующему:

Старый Государственный Совѣтъ былъ въ принципѣ учрежденіемъ постояннымъ. Въ виду зависимости его отъ Верховной власти онъ своимъ постояннымъ присутствіемъ политически никого не могъ стѣснять. Поэтому, хотя собранія его по ст. 29 Учр. Гос. Сов.,

---

*ревскій*, Лекціи, т. I, 1910, стр. 334, прим. 2. Но можно указать и другой подобный примѣръ. Такъ, XVII сессія австрійскаго рейхсрата открытая въ 1901 г. была закрыта только по окончаніи легислатуры въ 1907 г., благодаря чему въ теченіе цѣлыхъ шести лѣтъ въ занятіяхъ рейхсрата были одни лишь пріостановки сессіи. См. *Bernatzik*, Die österreichischen Verfassungsgesetze, S. 307; *Neisser* und *Neisser*, Die Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, I B., Wien und Leipzig, 1909, S. 466.

изд. 1901 и прерываются на лѣтніе мѣсяцы, но получающееся такимъ образомъ «вакантное мѣсто» образуетъ пріостановку работъ по соображеніямъ не политическимъ, а канцелярскимъ. Положеніе существенно измѣнилось съ введеніемъ Гос. Думы, которая должна была явиться постояннымъ и непрерывно дѣйствующимъ законосовѣщательнымъ учрежденіемъ. Въ обезпеченіе того, что оно «будетъ собираться не только, когда того пожелаетъ Верховная власть, а съ регулярностью и постоянствомъ», въ учрежденіе 6 августа и была внесена ст. 4 [1]). Поэтому, если брать происхожденіе ст. 4, «то смыслъ ея безъ сомнѣнія заключается именно въ томъ, чуждомъ прежнимъ нашимъ учрежденіямъ, началѣ, что на Верховной власти лежитъ обязанность созывать Думу по крайней мѣрѣ разъ въ годъ» [2]). «Что таковъ былъ смыслъ ст. 4... наглядно подтверждается послѣдовательнымъ развитіемъ нашего законодательства. Въ пересмотрѣнномъ учрежденіи Гос Думы... мы находимъ безъ всякихъ измѣненій прежній текстъ ст. 4; въ предпосланномъ этому новому учрежденію манифестѣ... гдѣ вкратцѣ излагается смыслъ новыхъ порядковъ, основная мысль этой статьи выражена уже въ прямой и совершенно ясной формѣ... При составленіи основныхъ законовъ, какъ ст. 4 учрежденія, такъ и правила Манифеста 20 февраля были внесены въ составъ этого акта, и нынѣ составляютъ ст.ст. 98—99 [3]). Правила ст. 98 и 99 Осн. Зак не имѣютъ корней въ нашемъ дореформенномъ правѣ. Они взяты изъ западно-европейскихъ законодательствъ. И это понятно. Вмѣсто дѣлопроизводственной проблемы, которая разрѣшалась извѣстнымъ намъ правиломъ о вакантномъ времени государственнаго Совѣта, статьи 98 и 99 Осн. Зак. давали отвѣтъ на конституціонный вопросъ коренного значенія, вопросъ о соотношеніи основныхъ государственныхъ властей. Этотъ новый для Россіи въ такой по-

---

[1]) Назв. соч., Право, 1911, стр. 1679—80.
[2]) Тамъ же, стр. 1681.
[3]) Тамъ же, стр. 1682.

становкѣ вопросъ не могъ быть рѣшенъ правиломъ стараго учрежденія Государственнаго Совѣта» [1]).

Съ приведеннымъ мнѣніемъ ни въ какомъ случаѣ нельзя согласиться, такъ какъ изъ него прямо слѣдуетъ тотъ выводъ, что «конституціонный вопросъ коренного значенія о соотношеніи основныхъ государственныхъ властей» былъ поставленъ и разрѣшенъ уже ст. 4 Учр. Гос. Думы 6 августа. Хотя и несовсѣмъ ясно—имѣетъ ли въ виду этотъ выводъ самъ авторъ, однако онъ слѣдуетъ изъ всего приведеннаго выше хода разсужденій автора [2]).

Непріемлемость такого вывода явствуетъ изъ полной невозможности говорить о какихъ-либо конституціонныхъ вопросахъ по связи съ учрежденіемъ 6 августа, которое, по словамъ манифеста отъ того же числа, должно было сохранить «неприкосновеннымъ основной законъ Россійской имперіи о существѣ самодержавной власти», чѣмъ въ самомъ принципѣ исключались всякія представленія, связанныя съ понятіемъ конституціи. Нельзя, конечно, отрицать, что съ введеніемъ народнаго представительства, хотя бы и въ такой зачаточной формѣ, какъ Дума 6 августа, перебрасывался мостъ черезъ ту пропасть, которая отдѣляла наши исконныя начала неограниченной монархіи отъ конституціонныхъ порядковъ Запада. Уже въ манифестѣ 6 августа предвидѣлась возможность дальнѣйшаго усовершенствованія учрежденія Гос. Думы, причемъ усовершенствованіе это могло, очевидно, пойти только въ направленіи конституціоннаго строя Запада. Порукой тому были тѣ потенціальныя силы, которыя присущи народному представительству. Тѣмъ не менѣе, кругъ идей, а слѣдовательно и юридическихъ нормъ, связанныхъ съ законосовѣщательной Думой 6 августа съ

---

[1]) Тамъ же, стр. 1715.

[2]) Въ другомъ мѣстѣ самъ авторъ ясно говоритъ, что лишь «незыблемое правило» манифеста 17 октября, по которому «никакой законъ не можетъ воспріять силу безъ одобренія Гос. Думы» вводило «Россію въ кругъ конституціонныхъ государствъ и заключало зерно всей той серіи конституціонныхъ проблемъ, надъ рѣшеніемъ которыхъ работали въ теченіе мѣсяцевъ, раздѣлявшихъ манифестъ отъ созыва первой Думы». Очерки, стр. 10.

одной стороны и представленія, связанныя съ понятіемъ «конституціи», съ другой, не имѣютъ между собой точекъ соприкосновенія.

То же самое приходится сказать и на основаніи самаго учрежденія 6 августа, такъ какъ рѣшенія Думы никого и ни въ какомъ отношеніи не связывали. Какъ подробно изложено выше, по ст. 48 Учр. заключеніе Думы по вопросамъ ея компетенціи должно было представляться на Высочайшее благовоззрѣніе вмѣстѣ съ положеніемъ Гос. Совѣта, а по ст. 32 и 33 ея Учр. Гос. Совѣтъ могъ приступить къ разсмотрѣнію такихъ вопросовъ и безъ наличности такого ея заключенія. Въ зависимости отъ этого не было никакой юридической разницы между временемъ занятій Думы и временемъ прекращенія ихъ, такъ какъ не было никакихъ измѣненій въ полномочіяхъ другихъ органовъ Государственной власти (рѣчь идетъ о чрезвычайно-указномъ правѣ). Не было никакой разницы для самой Думы и ея членовъ въ зависимости отъ того засѣдала она или нѣтъ [1]). Въ результатѣ никакихъ юридическихъ послѣдствій не возникало ни съ началомъ, ни съ концомъ ея занятій. Между занятіями Думы одного года и занятіями другого была, такимъ образомъ, лишь граница во времени, а ни въ какомъ случаѣ не юридическая. Однимъ словомъ, если ежегодныя занятія можно назвать сессіей, то и здѣсь, какъ и въ учрежденіи стараго Гос. Совѣта, это было только канцелярскимъ терминомъ, ничего общаго не имѣющимъ съ понятіемъ сессіи конституціоннаго права.

Въ тѣсной связи съ разсмотрѣннымъ выводомъ изъ всего построенія бар. Нольде стоитъ констатированіе имъ въ ст. 4 «чуждого прежнимъ нашимъ учрежденіямъ начала, что на Верховной власти лежитъ обязанность созывать Думу по крайней мѣрѣ разъ въ годъ». Въ чемъ можетъ заключаться здѣсь новизна: въ обя-

---

[1]) Единственное различіе, лишенное къ тому же всякаго политическаго назченія, заключалось въ томъ, что суточное довольствіе, въ размѣрѣ 10 руб., члены Думы, по ст. 23, получали только во время занятій Думы.

занности ли Верховной власти, въ ежегодности ли или, наконецъ, въ началѣ созыва? Начнемъ съ ежегодности. Если даже согласиться съ авторомъ, что ст. 4 имѣла въ виду «установить обязанность періодическихъ созывовъ Думы» т. е., по крайней мѣрѣ разъ въ годъ», то въ этомъ началѣ ежегодности нѣтъ ничего «чуждаго прежнимъ нашимъ учрежденіямъ». Въ частности въ отношеніи стараго Гос. Совѣта начало ежегодности его собраній было настолько самоочевиднымъ и вытекающимъ изъ самаго его существа, какъ постояннаго учрежденія, что по этому поводу не возникало никакихъ сомнѣній. Мало того, начало это логически вытекало изъ самой буквы закона, опредѣлявшаго время засѣданій Совѣта. Приведенная выше ст. 29 Учр. Гос. Сов. изд. 1901 г., говоря о томъ, что «собранія государственнаго совѣта прерываются на лѣтніе мѣсяцы» и что «продолжительность вакантнаго въ совѣтѣ времени опредѣляется особыми на каждый годъ Высочайшими повелѣніями», несомнѣнно разумѣетъ его *ежегодныя* собранія. Еще ярче оттѣняетъ начало ежегодности ст. 30 Учр. Гос. Сов., постановлявшая: «предсѣдатель Гос. Совѣта *ежегодно* повергаетъ на Высочайшее воззрѣніе всеподданнѣйшій о дѣйствіи Совѣта за каждую истекшую сессію отчетъ». Кромѣ того, несомнѣнно, что въ основѣ ст. 4 лежитъ не установленіе начала ежегодности созыва Думы, а другая мысль о томъ, что Монархомъ опредѣляются продолжительность занятій Думы и сроки ихъ перерыва. Косвенное же упоминаніе о занятіяхъ Думы, какъ ежегодныхъ, ясно показываетъ, что центръ тяжести ст. 4 не въ этомъ словѣ и что упоминаніе его носитъ болѣе или менѣе случайный характеръ.

То же самое нужно признать и относительно обязанности Верховной власти, ибо таковая несомнѣнно существовала и въ отношеніи «прежнихъ нашихъ учрежденій». Въ виду того, что по ст. 29 Учр. Гос. Сов., изд. 1901 г. продолжительность вакантнаго въ Совѣтѣ времени опредѣлялась особыми на каждый годъ Высочайшими повелѣніями, то, слѣдовательно, отъ нихъ зависѣло установленіе срока для начала дальнѣйшихъ ежегодныхъ засѣданій Совѣта. Несомнѣнно, что и уста-

новленіе сроковъ перерыва и опредѣленіе черезъ то начала ежегодныхъ занятій Совѣта были не только правомъ, но и обязанностью Верховной власти. Иначе, если бы дѣйствительно ст. 4 Учр. Думы 6 августа впервые вводилось въ наше законодательство начало обязанности Верховной власти, начало дотолѣ чуждое нашимъ учрежденіямъ, можно было бы сказать, что регулярность и постоянство засѣданій стараго Гос. Совѣта были простою случайностью, а не покоились на буквѣ закона. Мало того, Высочайшія повелѣнія, коими на каждый годъ опредѣлялась продолжительность вакантнаго въ Совѣтѣ времени, а черезъ то и продолжительность ежегодныхъ засѣданій Совѣта, были поставлены закономъ даже въ опредѣленныя болѣе или менѣе рамки, такъ какъ въ законѣ опредѣлялось и самое время перерыва засѣданій Совѣта—лѣтніе мѣсяцы. Это послѣднее обстоятельство дало основаніе самому автору утверждать, что «учрежденіе 6 августа, не желая связывать Монарха обязательной, легальной сессіей Думы въ теченіе всего года за вычетомъ лѣтнихъ мѣсяцевъ, имѣло въ виду узаконить право его усмотрѣнія, существенно ограничиваемое лишь ежегодностью созыва»[1]. Значитъ, самъ авторъ признаетъ, что въ отношеніи стараго Гос. Совѣта Монархъ былъ связанъ «обязательной, легальной сессіей»; другими словами признаетъ наличность обязанности Верховной власти въ отношеніи стараго Гос. Совѣта и притомъ даже въ большей степени, чѣмъ въ отношеніи Думы 6 августа.

Остается начало *созыва* Думы. Есть основаніе предполагать, что говоря о «чуждомъ прежнимъ нашимъ учрежденіямъ началѣ», почтенный авторъ разумѣлъ обязанность Верховной власти обезпечить ежегодныя занятія Думы по существу, а не форму выполненія этой обязанности въ видѣ именно *созыва*. Тѣмъ не менѣе самое примѣненіе авторомъ понятія созыва для Думы

---

[1]) Тамъ же, стр. 1681.

6 августа очень характерно для .всего его построенія, такъ какъ въ немъ лишній разъ проявляется тенденція переносить конституціонныя представленія на ст. 4 Учр. 6 августа. О непримѣнимости начала созыва къ Думѣ 6 августа подробно было сказано выше.

*(Окончаніе слѣдуетъ).*

---

# Генеральная Джунта.

## Федералистическій проектъ начала XVII столѣтія.

С. А. Корфъ.

Историкамъ политическихъ ученій XVII-го вѣка мало извѣстна личность нѣкоего Генриха Паркера; между тѣмъ работы этого автора и въ особенности его памфлетъ The Generall Junto [1]) заслуживаютъ самаго серьезнаго вниманія. Его труды лишь мимоходомъ затронуты въ новѣйшей работѣ К. А. Кузнецова [2]) и въ исторіи Гуча [3]), къ несчастью не остановившихся именно на указанномъ памфлетѣ, наиболѣе ярко рисующемъ государственно-правовые идеалы автора.

Названный памфлетъ, вошедшій въ коллекцію Томасона, подаренную Георгомъ III Британскому Музею, свидѣтельствуетъ намъ лишній разъ, какъ глубоко заложены въ Англіи корни любви къ гражданской свободѣ и какъ разнородныя политическія тѣла могутъ быть соединяемы для обезпеченія таковой свободы лишь на федеративномъ принципѣ, т. е. съ гарантіей самостоятельности составнымъ частямъ цѣлаго—федераціи. Въ настоящее время, когда вновь остро поставленъ

---

[1]) The Generall Junto or the Councell of Union, Chosen equally out of England, Scotland and Ireland for the better compacting of three nations into one Monarchy, etc.—Printed Anno Dom. 1642 by Henry Parker. Pamphlets, books, etc. collected by George Thomason, 1640—1661, vol. II; gift of George III to the British Museum.

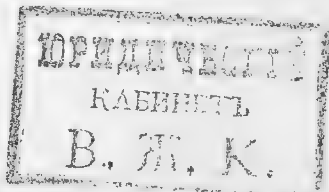
[2]) Опыты по исторіи политич. идей въ Англіи, XV—XVII в., Владивостокъ. 1913.

[3]) G. P. Gooch, History of English Democratic Ideas in the 17—th century, 1898.

вопросъ объ автономіи (Home Rule) Ирландіи, проектъ Паркера представляетъ особый интересъ.

Руководящей идеей автора является его убѣжденіе въ необходимости федераціи или болѣе тѣснаго сближенія трехъ королевствъ, такъ какъ, говоритъ онъ, прежній принципъ, на коемъ построена была государственная связь ихъ, принципъ divide et impera, достоенъ лишь Нерона, а защищать его можно только съ точки зрѣнія теорій Маккіавелли! Въ XVI столѣтіи въ Англіи слишкомъ пренебрегали идеей единенія съ двумя прочими королевствами, полагаясь главнымъ образомъ на силу, войско короля. Исходя изъ данныхъ положеній авторъ стремиться доказать необходимость пересмотра и улучшенія основъ уніи королевствъ, останавливаясь при этомъ на существѣ уній вообще и на анализѣ уніи соед. королевствъ въ частности.

Политическія уніи, по мнѣнію Паркера, бываютъ разныхъ родовъ; такъ бываютъ уніи внутреннія и уніи внѣшнія; послѣднія представляютъ собой только внѣшнее соприкосновеніе націй, предполагающее взаимное политическое содѣйствіе; таковыми напр. являлись уніи Скоттовъ и французовъ, Ирландцевъ и Испанцевъ и т. п.; онѣ конечно недостаточны, такъ какъ, говоритъ онъ, «vires imperii in consensu sunt obedientium et omnis potestas fundata est in Voluntate—errat longè qui credit Imperium stabilius out firmius esse, quod vi adjungitur, quàm quod facilitate et clementia»; многаго можно достигнуть когда соединяются не только руки, но и сердца; при этомъ основой единенія всегда должны быть *справедливость и равенство* (justice and equality), а въ примѣръ приводится союзъ Швейцарскихъ кантоновъ, столь успѣшно боровшійся со своими врагами. Именно эти принципы, полностью воспріятые отечествомъ автора, и составляютъ нынѣшнее величіе Великобританіи; именно они дали Англіи возможность столь прочно развить собственную конституціонную свободу (недаромъ Вестминстерскій парламентъ считается матерью парламентовъ всего прочаго свѣта) и обосновать ту же свободу въ автономныхъ колоніяхъ; послѣднія, вмѣсто того, чтобы отдѣлиться отъ метро-



поліи, наоборотъ стремятся сами къ болѣе тѣсному сближенію съ Англіей; дарованіе Ирландіи въ ближайшемъ будущемъ автономіи завершитъ это великое дѣло. Многому здѣсь можно поучиться другимъ народамъ и Россіи въ особенности.

Но уніи бываютъ, кромѣ того, и разныхъ порядковъ (orders); однѣ основываются на принципѣ подчиненія; при этомъ части такихъ уній уподобляются авторомъ головѣ, ногамъ, рукамъ и т. д. (здѣсь какъ будто предчувствуется ученіе органической школы государствовѣдовъ и въ частности Спенсера); другія уніи, наоборотъ, основываются на началѣ равенства, называемыя имъ «integrall unions»; примѣромъ первой категоріи уній служатъ: Римская Имперія, 10 колѣнъ царя Давида и др.; изъ самого существа этихъ уній вытекали постоянныя ссоры и недоразумѣнія между ихъ составными частями. Союзъ братьевъ, говоритъ Паркеръ, куда лучше союза хозяевъ съ слугами, такъ какъ первый построенъ на принципѣ равенства, а не одного подчиненія; таковыя уніи (integrall and equall) всегда будутъ «intimate in kinde, more equall in order, more perfect in *Degree*». Послѣднее утвержденіе приводитъ автора къ третьему дѣленію уній, по степени сближенія частей.

Каковы же препятствія, спрашиваетъ онъ, къ такому тѣсному союзу Англіи, Шотландіи и Ирландіи? Другими словами, какъ улучшить и укрѣпить уже существующія между этими королевствами отношенія? Въ первую голову авторомъ отмѣчаются уже имѣющіеся на лицо благопріятные элементы: 1. такъ, у Англіи и Шотландіи уже имѣется общій глава государства, что создаетъ унію не только внѣшнюю (externall), но и внутреннюю (internall); 2. далѣе слѣдуетъ единство религіи Англіи и Шотландіи, что превращаетъ ихъ союзъ изъ физическаго въ этическій; 3. затѣмъ идутъ—общее имя «Британія», общіе языкъ, нравы, обычай; 4. не меньшее значеніе имѣетъ единство окружающаго ихъ моря и 5. торжество законовъ Бога и Природы, малое различіе законовъ монархіи, общиннаго права (municipall customes) и статутовъ; 6. не разъ оказывали онѣ

(Англія и Шотландія) другъ другу и дружескую помощь; здѣсь авторъ глубокомысленно добавляетъ, что *независимость не является препятствіемъ* для *уніи* («independence is no barre at all to Union»); сколь много государственныхъ мужей должно было бы позаимствовать эту идею у скромнаго писателя XVII вѣка, имя коего почти неизвѣстно въ исторіи политическихъ ученій! Сколь много вреда и ужасовъ создавалось въ другихъ странахъ, благодаря непризнанію именно этого принципа!

Нѣтъ препятствій къ тѣсной уніи и въ территоріальномъ разстояніи (distance and extension); примѣромъ приводится Франція съ ея парламентами, бывшая королевствомъ несомнѣнно бо́льшаго размѣра, чѣмъ Англія съ Шотландіей; связующее звено легко устанавливается почтовыми сообщеніями (dispatches and missives). Съ другой стороны отмѣчается и главное различіе, отдѣляющее Англію отъ Шотландіи; отличаетъ ихъ кромѣ того система обложенія, въ виду того, что Англія была страной болѣе богатой, чѣмъ Шотландія.

Благопріятными элементами союза Англіи съ Ирландіей являются: 1. единство главы государства, 2. единство законовъ, которое столь же опредѣленно, какъ и въ уніяхъ Валлиса и Корнваллиса съ Англіей; но обстоятельство это не дѣлаетъ Ирландіи «зависимой частью» Англіи (dependent, rather annexed and wholly consubstantiated); здѣсь опять таки приходится отмѣтить совершенно исключительную для того времени ясность въ опредѣленіи понятія автономіи и ея политическаго значенія. Отличіемъ уніи Англіи съ Ирландіей отъ союза Англіи съ Шотландіей является то, что тогда какъ второй представляетъ собой соединеніе въ одномъ лицѣ двухъ королевскихъ линій, первая основана на единствѣ королевскаго дома (indivisible); поэтому сугубо неправы, по мнѣнію автора, ирландскіе революціонеры (rebells), которые хотятъ совершенно отдѣлиться отъ Англіи; этимъ нарушалось бы единство монархіи, а Паркеръ былъ откровеннымъ защитникомъ монархическаго начала въ государствѣ.

Далѣе слѣдуетъ особенно знаменательный экскурсъ въ область вопросовъ, создаваемыхъ военной оккупа-

ціей и завоеваніемъ. Таковыя не даютъ права завоевателю на уничтоженіе или порабощеніе побѣжденнаго противника; «the right of Conquest, говоритъ онъ, doth not afford any true Warrant for Oppression». Съ этимъ принципомъ, къ несчастью, сама Англія мало считалась въ своей ирландской политикѣ. Завоеваніе, по мнѣнію Паркера, должно основываться на трехъ принципахъ: справедливости, всеобщности и чистоты (just, totall and pure); крайне «несправедливы» истребленіе или доведеніе до прострации побѣжденнаго противника; съ другой стороны, завоеваніе должно быть всеобщимъ, а не покореніемъ какого нибудь клана или порабощеніемъ одной какой либо партіи; у побѣдителя нѣтъ права на грабежъ или споліацію (spoyling, wasting, inthralling of Gods people); подобныя дѣйствія прямо ужасны, такъ какъ народы имѣютъ отъ Бога право на существованіе. Думается, что этотъ принципъ нынѣ повторилъ бы всякій дальновидный государственный дѣятель. Наконецъ чистота завоеванія заключается въ томъ, что побѣдитель не освобождается своими побѣдами отъ обязанности соблюдать законы нравственности (Ties of common Piety and Civility); въ примѣръ приводятся слова Адріана: «it a se Republicam gesturum, ut sciret populi rem esse non Propriam, Pastor populi non sui—ipsius, sed subditorum quaerit commodum, et officio suo semper fungitur utilitati consulens et societati»; Паркеръ высказываетъ пожеланіе, чтобы нѣчто подобное было бы сказано христіаниномъ!

Безъ осуществленія указанныхъ трехъ условій ни одинъ побѣдитель не въ состояніи утвердить своей власти надъ побѣжденными прочно и долгосрочно. Авторъ называетъ самыми безнравственными и презрѣнными политиканами тѣхъ, кои строятъ покореніе и завоеваніе на уничтоженіи противника и его народныхъ правъ. Въ послѣднемъ отношеніи мы имѣемъ очень интересное отраженіе идей народнаго суверенитета; таковое особенно важно отмѣтить въ виду той ранней эпохи, когда писался разбираемый нами памфлетъ.

Авторъ затѣмъ возвращается къ изслѣдованію благопріятныхъ элементовъ связи Англіи съ Ирландіей;

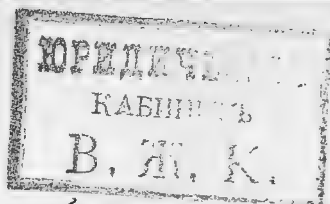
таковыми являются: 3. единство религіи и 4. отдѣленіе обоихъ острововъ отъ материка Европы; острова представляются ему близнецами, коимъ легче быть въ союзѣ и дружбѣ между собой, чѣмъ зависѣть одному изъ нихъ отъ какого либо государства на материкѣ (напримѣръ Испаніи!). 5. Элементомъ связи слѣдуетъ считать и «вѣроятную» общность происхожденія; авторъ здѣсь видимо самъ не вполнѣ увѣренъ въ своихъ выводахъ, считая «Ирландію первой плантаціей Англіи». Наконецъ, 6. имъ указывается и на «живое сходство» законовъ, обычаевъ и конституцій Англіи и Ирландіи. Ссоры между англичанами и ирландцами носили скорѣе религіозный, чѣмъ національный характеръ, а въ подобныхъ случаяхъ «жестокость всегда является вѣрнымъ доказательствомъ ложности религіи» (cruelty is the certain test of false religion).

Этимъ заканчивается историческій и теоретическій анализъ уній, въ частности союза трехъ королевствъ; по пути своего изслѣдованія авторъ указываетъ главные недостатки тогдашняго положенія вещей, равно и благопріятные факторы возможнаго усовершенствованія взаимоотношеній королевствъ. Въ третьей части онъ переходитъ къ проекту улучшенія существующей уніи.

Во главу настоятельно необходимыхъ улучшеній государственнаго строя соед. королевства Паркеръ ставитъ объединеніе системы судовъ трехъ королевствъ, какъ органовъ одного и того же короля; по теоріямъ той эпохи король являлся главой судебной власти, а королемъ всѣхъ трехъ монархій было одно и тоже лицо. Далѣе, по мнѣнію автора, слѣдуетъ учредить одинъ общій высшій судъ уніи, который бы осуществлялъ одновременно и функціи государственнаго совѣта (Common Court of Justice and Councell of State); къ услугамъ этого органа могли бы прибѣгать всѣ три королевства. Паркеръ приводитъ здѣсь нѣсколько историческихъ примѣровъ пользы, принесенной подобнымъ объединеніемъ различныхъ государственныхъ единицъ; такъ весьма успѣшными оказались уніи: Франціи и Бретани, установленной Карломъ VIII-мъ, и Англіи и Валлиса. Подобный общій и центральный органъ

имѣетъ по мнѣнію Паркера огромныя преимущества предъ единоличною властью короля; послѣдній можетъ напр. оказаться пристрастнымъ или предубѣжденнымъ, предпочитая интересы одного изъ трехъ королевствъ прочимъ двумъ, тогда какъ такой общій судъ всегда можетъ быть составленъ съ обезпеченіемъ интересовъ всѣхъ трехъ монархій. И въ данномъ отношеніи намъ приходится еще разъ отмѣтить удивительную дальновидность автора; какъ разъ въ указанномъ имъ направленіи и стала развиваться въ послѣдующія два столѣтія имперіалистическая связь Англіи съ прочими частями сложнаго англійскаго государства; мы имѣемъ въ виду дѣятельность тайнаго совѣта, его юрисдикцію въ качествѣ высшаго судилища, стоявшаго съ конца XVII в., да и стоящаго еще и понынѣ надъ всей имперіей; судебныя функціи тайнаго совѣта, задолго до появленія на свѣтъ Божій современнаго его судебнаго комитета (Judicial Committee), слагались и развивались именно въ указанномъ Паркеромъ направленіи, создавая этимъ общій источникъ правовыхъ нормъ и судебныхъ прецедентовъ для всей имперіи и умѣряя тѣмъ возможное пристрастіе англійской короны или правительства.

Съ другой стороны Паркеръ не забывалъ и о необходимости обезпечить частямъ общаго цѣлаго правъ самоуправленія, автономіи и значительной независимости; таковыя, по его мнѣнію, могутъ быть гарантированы сохраненіемъ по прежнему трехъ самостоятельныхъ парламентовъ; у каждой изъ трехъ націй былъ-бы такимъ образомъ свой собственный законодательный органъ, вполнѣ удовлетворяющій населеніе и достаточный для мѣстныхъ интересовъ; король, какъ-бы благожелателенъ онъ ни былъ, не можетъ быть вездѣсущъ; его дѣятельность можетъ проявляться лишь въ одномъ какомъ нибудь мѣстѣ; общій же судъ, наоборотъ, можетъ быть организованъ такимъ образомъ, чтобы одновременно засѣдать въ различныхъ частяхъ соед. королевствъ; другими словами, онъ можетъ быть вездѣсущъ, сохраняя вмѣстѣ съ тѣмъ и независимость, и безпристрастность.




Всѣмъ этимъ обезпечивались столь необходимыя для всякой уніи вообще и для Великобританіи въ частности качества: монархическій принципъ, равенство частей, безпристрастіе высокаго судьи и наконецъ *равновѣсіе правительства* (Ballance of Government). Такой высшій судъ и есть предлагаемая Паркеромъ генеральная Джунта, *Generall Junto or Court.*

Приходится подчеркнуть лишній разъ, что и въ идеѣ «равновѣсія правительства» мы собственно имѣемъ ничто иное, какъ равновѣсіе властей, т. е. тотъ самый знаменитый принципъ Локка и Монтескье, которому въ XVIII-мъ столѣтіи пришлось сыграть столь выдающуюся роль.

Наконецъ, авторъ затрагиваетъ и форму кооперацiи трехъ независимыхъ парламентовъ; таковая общая ихъ дѣятельность могла бы осуществляться назначеніемъ особой комиссіи. Въ составъ ея входили-бы по одному лорду отъ каждой верхней палаты, и по 3 члена отъ нижнихъ палатъ (Commonalty, какъ ихъ сокращенно называетъ Паркеръ). Комиссіи этой вручалась-бы очень важная функція—разрѣшенія споровъ, возникающихъ между тремя королевствами; она являлась-бы, слѣдовательно, уравновѣшивающимъ элементовъ и умиротворительницей національныхъ конфликтовъ. Если бы по какой либо причинѣ открылась вакансія въ комиссіи въ такое время, когда соотвѣтствующій парламентъ не засѣдаетъ или распущенъ, то таковая замѣщается по назначенію короля, но лишь временно, впредь до созыва даннаго парламента; только самимъ парламентамъ принадлежало, такимъ образомъ, право постоянныхъ назначеній.

Рядомъ съ указанной основной функціей общей комиссіи, ей удѣлялась и другая, по моему, не менѣе важная; она должна была играть роль имперскаго совѣта, помогающаго королю въ международныхъ сношеніяхъ; съ нею король совѣтовался бы при отправленіи и пріемѣ посольствъ, при заключеніи международныхъ договоровъ, при разсмотрѣніи важнѣйшихъ дѣлъ, касательно плантацій и заморской торговли. Этимъ органомъ, стало быть, обезпечивались бы въ равной мѣрѣ

интересы всѣхъ трехъ королевствъ въ одной изъ наиболѣе важныхъ областей государственнаго управленія, въ международныхъ сношеніяхъ и колоніальномъ управленіи имперіи; каждый изъ трехъ парламентовъ имѣлъ бы возможность охранять свои интересы, давать своимъ представителямъ въ комиссіи указанія и привлекать ихъ къ отвѣтственности за ошибки и упущенія. Развѣ подобный имперскій органъ не напоминаетъ читателю тѣ идеалы федералистическаго строя XIX вѣка, къ которымъ стремились англійскіе имперіалисты разныхъ оттѣнковъ и партій?

Власть и авторитетъ этой комиссіи были бы, по мнѣнію Паркера, гораздо болѣе значительны, чѣмъ власть тайнаго совѣта, и ставили бы комиссію на ряду съ вышеуказаннымъ общимъ судомъ или Джунтой. Органъ этотъ также предназначался бы для охраненія и обезпеченія равенства всѣмъ тремъ королевствамъ; онъ защищалъ бы ихъ интересы, разрѣшалъ бы ихъ споры и улаживалъ рознь. Положеніе членовъ комиссіи (Grand Councellors) необходимо должно было бы быть священнымъ (sacred) и неприкосновеннымъ, а источникомъ ихъ власти, правъ и преимуществъ были бы единственно ихъ избравшіе парламенты; «the severall Parliaments derive or consigne Power to them and demand account from them, as occasion shall require»; этимъ высокіе совѣтники охранялись бы лично отъ какого бы то ни было внѣшняго воздѣйствія или вмѣшательства, въ особенности же отъ вліянія королевской власти.

По мнѣнію автора подобная организація являлась бы единственнымъ надежнымъ средствомъ для сохраненія имперскаго единства между тремя королевствами, съ одной стороны, и для успѣшнаго противодѣйствія ирландской революціи, съ другой. Въ заключеніе Паркеръ съ грустью совѣтуетъ никогда не забывать motto короля Якова:

Faciam Eos in Gentem Unam.

Къ несчастью эти слова остались неуслышанными. Очень многое могло бы быть избѣгнуто въ ирландской политикѣ Англіи, если бы ея государственные мужи придерживались тѣхъ же принциповъ въ ирланд-

скихъ дѣлахъ, на коихъ они столь успѣшно впослѣдствіе воздвигнули зданіе колоніальной имперіи Великобританіи.

Подводя итогъ мыслямъ Паркера, можно еще разъ отмѣтить ихъ глубину и дальновидность для его эпохи. Мы имѣемъ здѣсь лишній примѣръ того, какъ зарождались въ Англіи XVII вѣка великія конституціонныя идеи слѣдующаго столѣтія, на коихъ выросло ученіе Монтескье. На этотъ генезисъ конституціонныхъ идеаловъ историкамъ права слѣдуетъ обращать сугубое вниманіе.

Но рядомъ съ этими основными положеніями необходимо отмѣтить и федералистическіе идеалы Паркера, также глубоко продуманныя и чрезвычайно свободолюбивые. Федерализмъ, автономія и свобода частей Великобританской имперіи создали ея могущество и славу современной эпохи.

---

# Къ исторіи понятій взяточничества, лиходательства и вымогательства. („Crimen repetundarum“ и „Crimen barattariae“).

В. Н. Ширяева.

За должностными преступленіями установилась репутація, какъ за преступленіями, неимѣющими своего прошлаго. Въ подтвержденіе и объясненіе этого обычно ссылаются на тѣсную связь этой группы преступныхъ дѣяній съ существующимъ государственнымъ строемъ, организаціей государственной службы и т. п. Несомнѣнно, всѣ эти условія вліяютъ какъ на общую конструкцію должностныхъ преступленій, такъ и на конструкцію отдѣльныхъ дѣяній, входящихъ въ составъ этой группы. Но не смотря на все это вліяніе и вызываемое имъ разнообразіе, нельзя отрицать существованія общихъ чертъ въ составѣ дѣяній, свойственныхъ различнымъ эпохамъ жизни различныхъ народовъ: какъ однообразны тѣ побужденія, которыя толкаютъ человѣка на путь нарушенія лежащаго на немъ долга, такъ однородны и формы, въ которыя выливается это нарушеніе, и чѣмъ распространеннѣе данное преступленіе, чѣмъ болѣе оно представляется присущимъ человѣку, тѣмъ болѣе сходства можно найти въ его конструкціяхъ, относящихся къ различнымъ періодамъ времени. Правильность этого положенія доказывается исторіей взяточничества или исторіей того, какъ изъ римскаго «crimen repetundarum», черезъ понятіе crimen barattariae обще-нѣмецкаго права, возникла современная конструкція взяточничества [1]).

[1]) Въ Журналѣ Гражд. и Уголов. права за 1884 г. кн. 6 былъ помѣщенъ переводъ работы Фейербаха—«Ueber die Bestechung der Staatsbeamten»,

# I.

Особенности римскаго уголовнаго права: его казуистичность, отсутствіе строго выработанныхъ составовъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній—отразились и на положеніи должностныхъ преступленій. Постановленія объ этой категоріи преступныхъ дѣяній складывались, несомнѣнно, подъ вліяніемъ и на почвѣ своеобразныхъ условій римскаго государственнаго строя и положенія въ немъ должностныхъ лицъ. Наиболѣе важныя изъ этихъ дѣяній, какъ напр. crimen repetundarum, peculatus и residui относились къ delicta publica и въ нихъ съ большою яркостью выступаетъ наружу нарушеніе общественнаго интереса [1]).

Появленіе спеціальныхъ законодательныхъ постановленій о должностныхъ преступленіяхъ—плодъ сравнительно болѣе поздняго времени. Простота жизни и отношеній, несложность и опредѣленность обязанностей, лежавшихъ на должностныхъ лицахъ, не оставляли мѣста для злоупотребленій.

Кромѣ того въ самой организаціи государственной службы заключался рядъ условій, имѣвшихъ характеръ предупредительныхъ мѣръ по отношенію къ злоупотребленіямъ должностныхъ лицъ. Всѣ римскіе магистраты

---

появившейся въ сборникѣ его «Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung» 1812 г. Въ предисловіи къ переводу г. К. Анциферовъ мотивировалъ его тѣмъ, что «ученіе о взяточничествѣ принадлежитъ къ числу наименѣе разработанныхъ въ литературѣ. Уже не говоря о литературѣ отечественной и западная литература представляется настолько скудной, что приходится довольствоваться очень и очень немногимъ». Работа Feuerbach'а опирается главнымъ образомъ на партикулярное законодательство; нашъ очеркъ имѣетъ въ виду эпоху болѣе раннюю, эпоху господства обще-нѣмецкаго права. Мы слѣдимъ за судьбой crim. repet. въ обще-нѣмецкомъ правѣ, такъ какъ рецепція римскаго права въ Германіи пріобрѣла наиболѣе широкіе размѣры. Но имѣя въ виду по преимуществу литературу обще-нѣмецкаго права, мы пользовались также трудами итальянскихъ и другихъ авторовъ, разрабатывавшихъ вопросы римскаго уголов. права.

[1]) Zucker въ своемъ «Skizze zu einer Monographie der Amtsverbrchen» останавливающійся, главнымъ образомъ, на вопросѣ о мѣстѣ, занимаемомъ должностными преступленіями въ системѣ особенной части уголовнаго права, замѣчаетъ, что римское уголовное право удѣляетъ должностнымъ преступленіямъ, вслѣдствіе ихъ значительнаго вліянія на государственное развитіе римскаго народа, выдающееся мѣсто (den hervorragendsten Platz) и находитъ, что эта группа деликтовъ до настоящаго времени сохранила и занимаетъ то мѣсто въ системѣ особенной части уголовнаго права, которое она усвоила еще въ римскомъ правѣ. См. ук. соч. стр. 4.

служили по выбору и безвозмездно, ихъ должность не служба, а почесть,—«honor». Срокъ выборной службы былъ, обычно, весьма непродолжителенъ, самая служба протекала подъ взаимнымъ контролемъ. Такое контролирующее значенiе имѣло «ius intercessionis», принадлежавшее всѣмъ магистратамъ одинаковаго ранга въ отношенiи другъ къ другу и въ отношенiи къ низшимъ по рангу магистратамъ, и народному трибуну—въ отношенiи ко всѣмъ прочимъ магистратамъ: «par majorve potestas plus valeto». Исключенiе представляла только власть цензора, которая не подлежала ничьей «intercessio», кромѣ какъ со стороны другого цензора и народнаго трибуна. Путемъ заявленiя «veto» могло быть парализовано каждое распоряженiе магистрата. Такую же цѣль, безъ сомнѣнiя, преслѣдовала и присяга, приносимая каждымъ должностнымъ лицомъ (in leges iurare). Нарушенiе «juris intercessionis» и обязанности принесенiя присяги влекло за собою для должностного лица штрафъ [1]).

Положенiе намѣстника какой-либо удаленной отъ Рима провинцiи открывало широкiй просторъ для злоупотребленiй, поэтому по отношенiю къ этой категорiи должностныхъ лицъ предупредительныя мѣры принимались особенно въ большомъ количествѣ; такъ напр. былъ установленъ опредѣленный срокъ пребыванiя намѣстника въ провинцiи послѣ оставленiя должности [2]); за-

---

[1]) См. Mommsen, Röm. Strafrecht. стр. 556.

[2]) Послѣ сложенiя должности намѣстникъ и другiе магистраты были обязаны въ теченiе извѣстнаго срока (50 дней—до 3 мѣс.) не покидать предѣловъ провинцiи, дабы дать жителямъ возможность въ присутствiи уходящаго подать на него жалобы. См. законы Аркадiя и Гонорiя 399 г. (l. 3 Cod. I, 51), Θеодосiя II въ 423 г. (l. 3 Cod. Theod. I, 12), Зенона въ 475 г. (l. un. §§ 2, 3 Cod. I, 49) и особенно Юстинiана, Nov. 8, cap. 9: Necessitatem habente eo, qui administrationem rexit, secundum priores constitutiones, dum deposuerit fasces, *quinquaginta dies im provincia çommorari*, publice se monstrantem et ab omnibus suscipientem conventiones... Si autem valuerit ex quacunque causa non completis quinquaginta diebus ex provincia fugere, tunc comprehensus, ubicunque degere videtur, revocabitur quidem in provinciam, in qua administrabat, omne vero quod inventus fuerit accepisse restituat quadruplum.—Nov. 128, cap. 23. Super haec sancimus provinciarum iudices omnibus modis post depositionem cinguli *quinquaginta dies in provinciis commorari* et conventiones aliquas contra se moventibus respondere.—Nov. 161, cap. 1: Deinde magistratu abituri *per legitimos quinqunginta dies in publico versentur*, iis que litem intendere velint respondeant. См. также Rein, ук. соч. стр. 637.

прещалось занимать должность намѣстника на своей родинѣ [1]), хотя, по усмотрѣнію императора, отъ этого правила были возможны и отступленія; запрещалось вступать въ бракъ съ жительницей провинціи [2]).

Полезной мѣрой для предупрежденія излишнихъ поборовъ съ населенія была фиксація сборовъ, размѣръ которыхъ устанавливался въ зависимости отъ величины провинціи [3]), а также данныя провинціальнымъ магистратамъ указанія (mandata principis) [4]).

---

1) См. Macer, l. 3 D. I, 22: Si eadem provincia postea divisa sub duobus praesidibus constituta est, velut Germania, Mysia, ex altera ortus in altera adsidebit *nec videtur in sua provincia adsedisse.* l. 10 Cod. I, 51: In consiliariis observari censemus, ut in eum, qui *in sua provincia ultra quattuor menses moderatoribus absederit* adversus leges antiquas et divorum retro principum scita, proscriptio bonorum et accusatio publici criminis immineat, nisi per caeleste oraculum vel amplissimae tuae sedis praeceptionem sese defendat. Срав. l. un. Cod. I, 41: Μηδεὶς Αὐγουστάλιος ἢ ἀνθύπατος ἢ βικάριος ἢ κόμης 'Ανατολῆς εἰς τὴν οἰκείαν ἐπαρχίαν γινέσθω, ἰδικῆς ἐπὶ τούτῳ χηρεύων κελεύσεως.

2) l. 38 D. de ritu nupt. XXIII, 2: Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem *uxorem ducere non potest*, quamvis sponsare non prohibeatur, ita scilicet ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, libeat ei hoc facere arris tantummodo redditis quas acceperat. Veterem sponsam in provinciam, qua quis administrat, uxorem ducere potest et dos data non fit caduca... l. 63 D. de ritu nupt. XXIII, 2: Praefectus cohortis vel equitum aut tribunus *contra interdictum eius provinciae duxit uxorem*, in qua officium gerebat: matrimonium non erit: quae species pupillae comparanda est, cum ratio potentatus nuptias prohibnerit. l. 6 Cod. V, 4: Etsi *contra mandata principum contractum sit in provincia consentiente muliere matrimonium.* tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseveraverit, juste nuptiae officiuntur: et ideo postea liberos susceptos natosque ex justo matrimonio legitimos esse responsum viri prudensissimi Pauli declarat.

3) См. напр. Nov. XXIV. de praetore Pisidiae, cap. VI, § 5—25: Oportet praeberi praetori Pisidiae ipsi quidem pro annonis et capitibus et reliquo emolumento solidos numero octingentos, eius assessori solidos numero septuaginta duo, eius officio auri libras quinque. Oportet autem eum praebere occasione codicillorum ita: spectabilibus chartulariis tribus sacri cubiculi solidas numero novem, primicerio clarissimorum notariorum et laterculensibus solidos numero viginti quattuor, eius adiutori solidos numero sex, officio gloriosissimorum praefectorum pro praeceptis et omni alia causa solidos numero quadraginta. Nov. XXV—de praetore Lycaoniae, cap. 14, epilog: Oportet praeberi praetori Lycaoniae ita: ipsi quidem pro annonis et capitibus (et) reliquo solacio solidos numero octingentos, eius assessori solidos numero septuaginta duo, eius officio auri libras quinque. Oportet autem eum praebere occasione codicillorum ita: spectabilibus chartulariis tribus sacri cubiculi solidos novem, primicerio clarissimorum tribunorum notariorum et laterculensibus solidos numero viginti quattuor eius adiutori solidos numero tres, officio gloriosissimorum praefectorum pro praeceptis et omni alia causa solidos numero quadraginta. Срав. Nov. XXVI. de praetore Thraciae, cap. V; Nov. XXVII. de comite Isauriae.

4) См. напр. Nov. XVII—de mandatis principum: ...ideo librum mandatorum composuimus... ut detur administatoribus nostris... scire eorum sanctionem, ut nihil ex his audeant praeterire, sed saluberrimas dispositiones

Большинство указанныхъ мѣръ своимъ происхожденіемъ относится къ болѣе позднему времени, когда, съ развитіемъ государственной жизни, развивалась и система надзора за дѣятельностью должностныхъ лицъ. Къ болѣе позднему времени относится и выработка мѣръ уголовнаго характера для борьбы съ преступленіями должностныхъ лицъ. Прежде чѣмъ создать и обособить эту группу преступныхъ дѣяній, наиболѣе тяжкіе случаи злоупотребленій должностныхъ лицъ, съ которыми было не по силамъ бороться административнымъ путемъ, стали подводить подъ весьма растяжимыя понятія «perduellio» и «crim. laesae majestatis». Подъ это послѣднее понятіе подходило всякое дѣяніе, нарушающее достоинство магистратуры [1]).

Возбужденіе преслѣдованія ограничивалось или, по крайней мѣрѣ, должно было ограничиваться только наиболѣе тяжкими случаями, для которыхъ «coercitio» было недостаточно, и такими, которыя не подходили подъ другія спеціальныя понятія. Такъ преслѣдованіе за «crim. laesae majestatis» имѣло мѣсто въ случаяхъ нарушенія должностнымъ лицомъ «veto» народнаго трибуна (примѣры такихъ процессовъ см. у Т Ливія, 43, 16 въ 585—169 и 689—65 г.г.), въ случаяхъ наруше-

---

observantes in perpetuum nostras provincias nostroque imperio subjectos gubernare sustinent... Далѣе слѣдуетъ рядъ наставленій и прежде всего: «oportet igitur te pure sumentem administrationem et sine omni suffragio prae aliis omnibus mundas servare deo nobisque et legi manus, et nullum contingere lucrum neque maius neque minus, neque captiosum quoddam facere subjectas negotiatione, sed contentum esse solis a fisco tibi ministratis, et tam per te quam per eos, qui circa te sunt, purum eis undique servare jus. Et festinare primum quidem fiscalia tributa exigi vigilanter, nihil deminuens circa publicam curam requirere, ne forte fiscus imminuatur, et salvare ei undique quae propria sunt. (cap. 1) Deinde conveniens est te providere, ut nulli populi civitatum alterutri seditiones faciant: sed omnem pacem esse civitatibus, dum aequitas etiam hinc nostris subjectis servatur et neque lucri neque passionis alicuius causa ad aliquam partem declinatur (cap. 2). Sit tibi quoque tertium studium lites cum omni aequitate audire, et omnes quidem breviores et quaecunque maxime vilium sunt ex non scripto decidere et iudicare et liberare homines alterna contentione, et non permittere ultra quam continetur sacra nostra constitutione occasione causalium expensarum damnaficari, si tamen sufficientes in datione consistunt и т. д. См. также Nov. XXIV, cap. 6; XXV, cap. 6; XXVI, cap. 2.

1) Seneca contr. 9, 2, 17: lex (majestatis) quid oporteat quaerit, aliae quid liceat licet ire in lupanar: si praecedentibus fascibus praetor deducitur in lupanar, majestatem laedit... licet qua quis velit veste uti: si praetor ius in veste servili vel muliebri dixerit, violabit majestatem. Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 556.

нія полномочій комицій, несложенія консулами своевременно своихъ служебныхъ полномочій (Т. Ливій, 42, 2; 21, 4: tribuni plebis... consulibus multam se dicturos, nisi in provinciam exirent, dennutiarunt и, наконецъ, особенно въ случаяхъ нарушенія своихъ полномочій намѣстниками, такъ какъ они. благодаря своему положенію, были фактическими распорядителями вооруженными силами провинціи и болѣе, чѣмъ кто либо, имѣли возможность нарушить существующій государственный строй. Противъ намѣстниковъ возбуждалось преслѣдованіе за «crim. laesae majest.», если они съ войсками переходили границы своей провинціи [1]), оставались въ провинціи послѣ вступленія въ ея управленіе новаго намѣстника и отказывались передать ему свои полномочія [2]), производили безъ законныхъ полномочій воинскіе наборы [3]), вели наступательную войну [4]), присваивали непринадлежащее имъ право помилованія [5]) или, наконецъ, въ позднѣйшій періодъ имперіи, позволяли помѣщать на общественныхъ зданіяхъ свои имена и опускать имя императоровъ [6]).

---

1) Такъ въ 700/54 г. было возбуждено преслѣдованіе противъ намѣстника Сиріи Габинія, перешедшаго со своими войсками въ Египетъ; Cicero, in Pis. 21, 50: exire de provincia, educere exercitum, bellum sua sponte gerere, in regnum in iussu populi Romani aut senatus accedere... cum plurimae leges veteres tum lex Cornelia majestatis, Julia de repetundis planissime vetat. Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 557—558.

2) См. l. 2 D. XLVIII, 4: quive de provincia, cum ei successum esset, non discessit; l. 3 D. h. t.: quive, cum ei in provincia successum esset, exercitum successori non tradidit.

3) Право набора въ республиканскую эпоху принадлежало консулу, а при имперіи составляло прерогативу princeps'a; путемъ спеціальнаго порученія оно могло быть передаваемо и другимъ магистратамъ. См. Mommsen, R. Staatsrecht, 2, 95, 849. l. 3 D. XLVIII; 4: eadem legi (l. Julia majestatis) tenetur et qui iniussu principis bellum gesserit dilectumve habuerit exercitum comparaverit.

4) Въ республиканскую эпоху начало военныхъ дѣйствій зависѣло отъ постановленія комицій, а при имперіи—отъ princeps'a. См. Mommsen, Röm. Staatsrecht, 3, 342 и срав. 1087; 2, 954. Cicero, in Pis. 21, 50; l. 3 D. XLVIII, 4.

5) См. l. 4 Dig. XLVIII; 4: item qui confessum in indicio reum et propter hoc in vincula conjectum emiserit.

6) См. Dig. L. 10, l. 3 § 2: Inscribi autem nomen operi publico alterius quam principis aut eius, cuius pecunia id opus factum sit, non licet; l. 4: Nec praesidis quidem nomen licebit super scribere. Cod. Theod. XV, 1, 31: Si qui iudices perfecto operi suum potius nomen quam nostrae perennitatis scribserint, majestatis teneantur obnoxii. Cod Iust. VIII, 11, 10: Si qui iudices perfecto publicis pecuniis operi suum nomen sine nostri numinis mentione scripserint, majestatis teneantur obnoxii.

Поводомъ для возбужденія преслѣдованія за «crimen laesae majestatis» могло послужить оффиціальное удостовѣреніе должностнымъ лицомъ ложныхъ данныхъ [1]) и нарушеніе имъ актовъ религіознаго культа, если отправленіе этого послѣдняго входило въ кругъ его обязанностей [2]).

Подведеніе указанныхъ случаевъ злоупотребленія должностныхъ лицъ своими полномочіями указываетъ на значеніе въ этихъ злоупотребленіяхъ элемента вреда или опасности для интересовъ государства; злоупотребленіе своими полномочіями должностныхъ лицъ, очевидно, потому и подводилось подъ понятіе государственнаго преступленія, что съ этой категоріей преступленій служебныя злоупотребленія ближе всего соприкасались предметомъ своего посягательства. Другіе случаи злоупотребленія властью со стороны должностныхъ лицъ, выражавшіяся въ посягательствахъ на жизнь, тѣлесную неприкосновенность и свободу римскихъ гражданъ, какъ напр. казнь безъ приговора, бичеванье, примѣненіе пытокъ, лишеніе свободы и т. п. подводились подъ понятіе общихъ преступленій лишенія жизни, injuria, vis и т. д. и разсматривались слѣд., несмотря на должностное положеніе виновниковъ, какъ дѣянія частныхъ лицъ. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что уголовно-правовая отвѣтственность въ эпоху республики наступала для должностныхъ лицъ лишь въ случаѣ учиненія ими указанныхъ дѣяній по отношенію къ римскимъ гражданамъ; въ остальныхъ случаяхъ сенатъ былъ мало доступенъ для жалобъ на злоупотребленія магистратовъ и относился къ нимъ снисходительно [3]).

Развитіе государственной жизни и сопутствующій ему ростъ злоупотребленій со стороны должностныхъ

---

1) См. Dig. XLVIII, 4, 1. 2: quive sciens falsum conscripsit vel recitaverit in tabulis publicis: nam et hoc capite primo lege maiestatis enumeratur.

2) Cicero, de leg. 2, 8, 21 заключаетъ разъясненіе принадлежащихъ авгуру правъ замѣчаніемъ: quique non paruerit, capital esto. См. также указаніе на обвиненіе въ crim. l. majestatis за нарушеніе ауспицій у Mommsen'a R. Staatsrecht, 2, 321, A. 1, также 1, 116.

3) См. Mommsen, R. Strafrecht, стр. 634.

лицъ вызвали необходимость въ созданіи особаго учрежденія для разслѣдованія жалобъ на притѣсненія магистратовъ и въ изданіи спеціальныхъ законовъ о должностныхъ преступленіяхъ. Такимъ спеціальнымъ учрежденіемъ былъ сначала судъ изъ 5 сенаторовъ (recuperatores), къ которому потерпѣвшіе, черезъ повѣренныхъ—сенаторовъ, могли обращаться со своими жалобами [1]). Обращеніе къ этому судилищу было исключительнымъ способомъ борьбы съ должностными злоупотребленіями, наряду съ которыми возможны были и обычные пути гражданскаго иска къ виновнымъ или преданія ихъ «judicium publicum» въ трибутныхъ комиціяхъ [2]). Изъ этого исключительнаго способа разсмотрѣнія дѣлъ о должностныхъ преступленіяхъ возникло постоянное судилище «quaestio perpetua», которое въ свою очередь сдѣлалось исходнымъ пунктомъ для развитія уголовнаго процесса въ періодъ республики и имперіи. Правовая защита, обезпечиваемая закономъ римскимъ гражданамъ и socii отъ злоупотребленій должностныхъ лицъ, имѣла въ виду возвращеніе противоправно захваченнаго имущества: потерпѣвшіе могли «res repetere» откуда и наименованіе первой судебной комиссіи «quaestio repetundarum» [3]).

Lex Calpurnia, введшій въ жизнь римскаго государства новую форму суда, былъ вмѣстѣ съ тѣмъ первымъ закономъ, посвященнымъ спеціально должностнымъ преступленіямъ [4]).

---

1) См. Liv. 43, 2; также Liv., ep. 47, 600/154 г.: aliquod praetores a provinciis avaritiae nomine accusati damnati sunt. Mommsen, ук. соч. 202 стр. Strahan-Davidson. Problems of the Roman Criminal Law, vol. II, 1—2.

2) См. Rein, ук. соч. стр. 610—611.

3) «Pecuniarum repetundarum (sive simpliciter repetundarum) actio vocatur in jure romano, quae certis regibus instituta est in eos, qui dum potestate utebantur publica, quas non oportebat, arguerentur, cepisse ab iis, qui potestati eorum subjecti essent».—Zumpt—De legibus iudiciis repetundarum commentationes, стр. 1.

4) См. Cicero, Brut. 27, 106: quaestiones perpetuae constitutae sunt, quae antea nullae fuerunt; (L. enim Piso tr. pl. legem primus de pecuniis repetundis Censorino et Manlio coss. tulit). Также, de offic. 2, 21, 75: Nondum centum et decem anni sunt, cum de pecuniis repetundis a L. Pisone lata est lex, nulla antea cum fuisset. Въ рѣчахъ противъ Верреса Цицеронъ неод-

За l. Calpurnia (149 г. до Р. Хр.)[1]) слѣдовалъ l Junia, отъ котораго до насъ дошло только одно названіе и неизвѣстны ни время его изданія. ни содержаніе [2]); слѣдующимъ закономъ былъ l. Acilia 631-2/123-2 г.г., изданный подъ вліяніемъ C. Gracch'a и превратившій искъ о возвратѣ полученнаго въ уголовный искъ о двойномъ возмѣщеніи ущерба, какъ и при кражѣ, затѣмъ l Servilia Glaucia 641/111 г. [3]), распространившій отвѣтственность за crim. repet. на всѣхъ магистратовъ, а не только провинціальныхъ, а также и на судей въ случаяхъ недобросовѣстнаго отправленія ими правосудія[4]), и наконецъ, L. Cornelia (673—81 г. до Р. Хр.), дополнившій понятіе «crimen repetundarum» нѣсколькими

---

нократно вспоминаетъ объ иниціаторѣ перваго закона de pecuniis repetundis: «si, quod L. Piso illi Frugi, qui legem de pecuniis repetundis primus tulit...» (Verr. 3, 84, 195); «filius enim L. Pisonis erat, eius, qui primus de pecuniis repetundis legem tulit...».

1) L. Calpurnia, помимо общаго запрета незакономѣрнаго полученія денегъ: pecuniae captae (Liv. 43, 2), coactae, conciliatae, aversae, luxuries crudelitas, avaritia, superbia (Cic. de leg. III, 20; div. 1),—содержалъ также указаніе на отдѣльныя запрещенныя дѣянія, какъ напр., покупку намѣстникомъ рабовъ, вступленіе его въ какія либо торговыя сдѣлки; см. напр., Cic. Verr. IV, 5: Videte majorem diligentiam... sanxerunt, ne quis emeret mancipium, nisi in demortui locum. Послѣдствіемъ обвиненія въ crim. de repet. было по l. Calpurnia возмѣщеніе причиненнаго имущественнаго вреда. Rein (ук. соч. стр. 602) сомнѣвается, распространялось-ли дѣйствіе l. Calpurniae на взяточничество въ соб. смыслѣ, такъ какъ въ 140 г. до Р. Хр. преторъ Hostilius Tubulus, обвиненный во взяточничествѣ при исполненіи обязанностей предсѣдателя суда de sicariis, судился не въ quaestio perpetua de pecuniis repetundis, но въ judicium extraodinarium.

2) L. Junia появился въ промежутокъ времени между изданіемъ l. Calpurnia (149 г. до Р. Хр.) и l. Acilia (въ 631-2/123-2 г.г.), т. к. имѣется указаніе, что въ этотъ періодъ появился законъ, «quam M. Junins D. f. tr. pl. rogavit».

3) Даты зак. Acilia и Servilia цит. по Mommsen'у (ук. соч. стр. 708—709); Rein относитъ l. Servilia къ 106—105 г. до Р. Хр., а l. Acilia—къ 101 г. до Р. Хр. (ук. соч. стр. 617, 621); но Цицеронъ (Verr. II, 9, 26), сравнивая l. Acilia и l. Servilia Glaucia, называетъ l. Acilia болѣе древнимъ, чѣмъ l. Servilia Glaucia. Въ рѣчи pro Rob. Post. (4, 9) Цицеронъ замѣчаетъ: sin hoc totidem verbis translatum caput est, quod fuit non modo in Cornelia, sed etiam ante in lege Servilia.

4) L. Servilia ничего не говоритъ о наказаніи осужденнаго изгнаніемъ, но каждый привлеченный къ отвѣтственности, не ожидая окончанія дѣла, могъ добровольно покинуть Римъ и так. образ. подвергнуться «aquae et ignis interdictio». См. Rein, ук. соч. стр. 620.—Strachan Davidson, ук. соч. II. 60. Въ 92 г. до Р. Хр. L Drusus провелъ законъ наз. l. Livia judiciaria: «si quis ob rem judicatam pecuniam accepisset», который однако былъ скоро отмѣненъ и замѣненъ законами Суллы. См. Rein, ук. соч. стр 599, Alkalay, ук. соч. стр. 6.

новыми видами злоупотребленій [1]). Послѣднимъ закономъ республиканскаго періода, посвященнымъ «crimen de repetundis», былъ l. Julia, изданный въ періодъ перваго консульства Ю. Цезаря (695—59 г.г. до Р. Хр.). Законъ этотъ по своему содержанію былъ наиболѣе полнымъ; онъ повторялъ отчасти прежнее законодательство, отчасти вводилъ новое и сохранилъ свое значеніе на все послѣдующее время имперіи; императорскіе указы и юридическая интерпретація опирались обыкновенно на l. Julia [2]). Наконецъ, Юстиніаномъ была

1) Помимо общей формулы: pecunia capta, coacta, conciliata (Cic. Verr. III, 30): Quid est aliud, *capere et conciliare pecunias*, in quo te lex tenet, si hoc non est, vi atque imperio cogere invitos lucrum dare alteri, hoc est, pecuniam dare?—40: Tamen *hae pecuniae*, per vim atque injuriam tuam *captae et conciliatae*, tibi fraudi et damnationi esse deberent... 84: Utrum tibi *pecuniae conciliatae* videntur adversus leges, adversum rempublicam, cum maxima sociorum injuria... 94: Multi magnas pecunias ab invitis civitatibus atque ab invitis oratoribus ista ratione, cellae nomine coëgerunt... Utrum, cum iudices sitis *de pecunia capta, conciliata*, tantam pecuniam captam negligere: an, cum lex sociorum causa rogata sit, sociorum querimonias non audire?). L. Cornelia предусматривалъ слѣдующіе случаи злоупотребленій: a. *взяточничество*—Cic. Verr. II, 32: Etenim si illud est flagitiosum (quod mihi omnium rerum turpissimum maximeque nefarium videtur) *ob rem iudicandam pecuniam accipere*, pretio habere addictam fidem et religionem...; Cic. pro Flacco, 34: negavit, a privato pecuniam in provincia praetorem petere oportere. Cur tandem, M. Lurco, non oportet? eripere, extorquere, accipere contra leges non oportet: petere non oportere, nunquam ostendes, nisi docueris, non licere. b. *сборъ денегъ на постановку статуй и невыполненіе въ теченіе 5 лѣтъ принятаго на себя по постановкѣ статуи обязательства* (Cic. Verr. II, 58: si hoc intervallo non consumpserit, tum denique nomen eius de repetundis pecuniis statuarum nomine deferamus); c. *удержаніе денегъ, предназначенныхъ на устройство праздниковъ* (Cic., ad Qu. fratrem, I, 1, 9 и друг.); d. *ростовщичество и торговля* (Cic. Verr. IV, 4: praeclaram defensionem! mercatorem cum imperio ac securibus in provinciam misimus. IV, 5: sanxerunt, ne quis emeret mancipium, nisi in demortui locum...; V, 18: Antiquae sunt istae leges et mortuae quemadmodum tu soles dicere, quae vetant. Fuit ista respublica quondam, fuit ista severitas in iudiciis, ut istam rem accusator in magnis criminibus objiciendam putaret); e. *расходованіе большихъ суммъ на посольства въ Римъ* (Cic. ad div. III, 10: Ad me adire quosdam memini (nimirum ex Epicteto) qui dicerent, nimis magnos sumtus legatis decerni: quibus ego non tam imperavi, quam censui, sumtus legatis quam maxime ad legem Corneliam decernendos). L. Cornelia въ качествѣ карательной мѣры устанавливалъ *изгнаніе* (exilium) (Cic. Verr. II, 31) и кромѣ того *взысканіе ущерба въ четверномъ размѣрѣ*. Взысканіе имущественнаго ущерба, въ случаѣ смерти виновника, могло быть обращено на тѣхъ, «ad quos ea pecunia pervenit»; см., напр., Cic. pro Clu. 41: hoc quotidie fieri videmus, ut reo damnato de pecuniis repetundis, ad quos pervenisse pecunias in litibus aestimandis statum fit». Cic. Verr. II, 18: neque enim permissum est, ut impune nobis liceat, quod alicui eripuerimus, id alteri tradere.—Срав. Rein, указ соч., стр 623; Alkolny, указ. соч., стр. 6—7.

2) Установить первоначальный текстъ leg. Julia чрезвычайно трудно, такъ какъ въ tit. Dig., посвященномъ этому закону, многое должно быть отнесено на счетъ позднѣйшаго законодательства; во всякомъ случаѣ со

издана новелла (CXXIV), имѣющая въ виду спеціально случаи судебнаго взяточничества. Приведенный длинный рядъ законовъ, значительно расширившихъ понятіе crimen repetundarum, былъ вызванъ увеличеніемъ должностныхъ злоупотребленій; но законы, повидимому, помогали мало, по крайней мѣрѣ Цицеронъ замѣчаетъ: «nondum centum et decem anni sunt, cum de pecuniis repetundis a L. Pisone lata lex est, nulla antea cum fuisset, at vero postea tot leges et proximae quaeque duriores: tot rei, tot damnati... tanta, sublatis legibus atque iudiciis, expilatio direptioque sociorum, ut imbecillitate aliorum, non nostra virtute valeamus [1]). Такимъ образомъ, въ болѣе раннихъ законахъ crimen de repetundis или crim. pecun. repetundar. обозначалъ довольно узкій кругъ случаевъ вымогательства намѣстниками провинцій или полученія ими съ жителей провинцій денегъ, которыя могли быть вытребованы обратно и должны быть возвращены виновными, какъ неправомѣрно полученныя, откуда произошло и самое наименованіе преступленія. Послѣдующее законодательство расширило значительно какъ кругъ возможныхъ виновниковъ «criminis repetundarum», какъ и самое понятіе этого послѣдняго.

Въ періодъ республики обвиненіе въ «crimen repetundar.» предъявлялось только къ лицамъ, имѣвшимъ званіе сенатора [2]). Въ императорскій періодъ оно могло

---

держаніе его было обширно. Цицеронъ упоминаетъ о 101 главѣ: legisque unum et centesimum caput legit... (Cic., ad div. VIII, 8). Связь содержанія этого закона съ законодательствомъ предшествующимъ видна изъ слѣдующаго замѣчанія Цицерона: «Jubet (l. Julia) persequi ab iis, ad quos ea pecunia, quam is ceperit, qui damnatus sit, pervenerit. Si est hoc novum in lege Julia, sicuti multa sunt severius scripta, quam in antiquis legibus et sanctius; inducatur sane etiam consuetudo huius generis iudiciorum nova. Sin hoc totidem verbis translatum caput est, quod fuit non modo in Cornelia, sed etiam ante in lege Servilia. (Cic. pro Rab. Post. 4, 8). О пополненіи leg. Juliae послѣдующими законодательными актами можно заключить изъ слѣдующихъ мѣстъ Corpus jur. civ.: Dig. I, 16, 10 § 1: Legatum suum ne ante se de provincia dimittat, et lege Julia repetundarum et rescripto divi Hadriani ad Calpurnium Rufum proconsulem Achaiae admonetur. Срав. Mommsen, указ. соч. стр. 709.

1) Cic., de offic. II, 21, 75.

2) См. Mommsen, Röm. Staatrecht, I, 9; Cic. Verr. act. I, 13, 38: quod, P. Septimio senatore damnato (одинъ изъ присяжныхъ въ процессѣ, руководимомъ C. Junius'омъ) Q. Hortensio praetore, de pecuniis repetundis, lis aestimata sit eo nomine, quod ille ob rem iudicandam pecuniam accepisset.—

быть предъявлено къ должностнымъ лицамъ вообще, независимо отъ принадлежности ихъ къ сенаторскому званію, независимо отъ ихъ служебнаго ранга [1]); обвиненіе въ «crim. repetund.» предъявлялось не только къ самимъ намѣстникамъ, но и къ лицамъ, ихъ сопровождавшимъ [2]). Къ отвѣтственности привлекались, кромѣ непосредственно виновныхъ, и ихъ пособники [3]). Отвѣтственность переходила даже на дѣтей, къ которымъ могъ быть предъявленъ искъ о возвратѣ денегъ, полученныхъ ихъ отцами при отправленіи какой-либо должности [4]). Наконецъ, къ отвѣтственности за «crimen repetundarum» привлекались лица, которыя, не будучи должностными въ собственномъ смыслѣ этого слова, выполняли какія-либо общественныя, приближающіяся къ служебнымъ, обязанности [5]).

---

Pro Cluent. 37, 104: qua lege in eo genere (при подкупѣ присяж.) a senatore ratio repeti solet, de pecuniis repetundis, ea lege accusatus... est. Срав. Mommsen, указ. соч. стр. 711.

1) См. Mommsen, указ. соч. стр. 713. Не имѣла значенія также отрасль управленія; если въ конституціяхъ императоровъ говорится только объ iudices, то не слѣдуетъ забывать, замѣчаетъ Henke, что подъ ними подразумѣвались также, «moderatores et rectores provinciae».—См. Henke, Handbuch, стр. 498.

2) Dig. XLVIII, II, l. 5: In comites quoque iudicium ex hac lege iudicium datur. Cod. I, 51, l. 3 говоритъ объ отвѣтственности «consiliarii iudicum», «cancellarii» и «ii, qui domesticorum funguntur officio»; tit. 53, l. 1 § 3: «Haec autem etiam ad domesticos et consiliarios eorum tragi necessarium duximus illud etiam adicientes, ut nec per interpositam personam aliquid eorum sinu periculo possit perpetrari. Срав. Mommsen, указ. соч., стр. 713; Rein, указ. соч. стр. 633.

3) Θеодосіемъ, кромѣ того, была установлена обязанность донесенія: si quis scit venalem de jure fuisse sententiam, si quis poenam vel pretio remissam vel vitio cupiditatis ingestam, si quis postremo quacunque de causa improbum iudicem potuerit approbare, is vel administrante eo, vel post administrationem depositam in publicum prodeat, crimen deferat и т. д. (Cod. Theod. IX, 27, 6). Срав. Mommsen, указ. соч. стр. 713. Rein, указ. соч. стр. 633.

4) Въ 678/76 г.г. былъ предъявленъ искъ къ сыну М. Антонія, консула 655/99 г г. К. Антонію: Graeci, qui spoliati erant, eduxerunt Antonium in ius ad M. Luculum, praetorem, qui jus inter peregrinos dicebat. (Tac. Annal. 13, 43). За женъ отвѣчали ихъ мужья: Senatum Cotta et Messala cos. censuisse futurum, ut si quid uxores eorum, qui ad officia profici sumtur. deliquerint, ab ipsis ratio et vindicta exigatur. (Dig. I, 16, 4 § 2). Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 711.

5) Dig. XLVIII, 11, l. 1: L. Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu, potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit vel cum ex cohorte cuius eorum est. l. 3: Lege Julia repetundarum tenetur, qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob iudicandum vel non iudicandum decernendum ve acceperit.

Расширилось, какъ сказано было выше, и самое понятіе «criminis repetundarum». Подъ «crimen repetund.» стало подразумѣваться вообще неправомѣрное обогащеніе должностныхъ лицъ или лицъ, которыя не будучи магистратами, отправляли, какія либо общественныя обязанности. Rein идетъ даже дальше и полагаетъ, что къ концу республики подъ «crimen repetund.» понималось дурное управленіе магистрата вообще [1]). Этотъ взглядъ имѣетъ за собою нѣкоторое основаніе, если принять во вниманіе, что подъ «crimen repetundarum» подводились такіе случаи, какъ нарушеніе намѣстникомъ границъ своей провинціи и предѣловъ своихъ полномочій, отпускъ намѣстникомъ своего легата ранѣе собственнаго отъѣзда, устройство дорогихъ праздниковъ [2]). Конечно, не эти случаи являются характерными для «crimen repetundarum», такъ какъ въ основѣ его («pecunias capere, conciliare») [3]) лежалъ запретъ

---

l. 4: vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret. l. 6: Eadem lege tenentur qui ob denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecunias acceperit. l. 9: Qui munus publice mandatum accepta pecunia ruperunt, crimine repetundarum postulantur. Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 712.

[1]) См. Rein, ук. соч. стр. 604—605; также Temme, Lehrbuch d. gem. deut. Strafrechts, 1876 г. § 236. Въ подтвержденіе своего взгляда Rein ссылается на Tac. Annal. VI, 29: male administratae provinciae crimen. Cod. Theod. IX, 27, 2: crimen male gestae administrationis; Plut.: «κρίνειν τινὰ κακώσεως ἐπαρχίας». Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 720—721.

[2]) О подведеніи этихъ случаевъ подъ crim. repet. см. Cic. in Pison. XXI, 50: «ausus esset (mitto exire de provincia) educere exercitum, bellum sua sponte gerere, in regnum in jussu populi aut senatus accedere, quae cum plurimae leges veteres tum lex Cornelia majestatis, Julia de repetundis planissimae vetat». Вмѣшательство въ чужую компетенцію подводилось также и подъ понятіе crim. majestatis.—Dig. I, 16, 10, 1: Legatum suum ne ante se de provincia dimittit, et lege Julia repetundarum et rescripto divi Hadriani ad Calpurnium Rufum proconsulem Achaiae admonetur.—Устройство дорогихъ праздниковъ къ crim. repet. относитъ Rein (ук. соч. стр. 635), ссылающійся на Cod. XI, 41, 5; но въ цит. зак. нѣтъ указаній на crim. repet., а говорится лишь объ отвѣтственности «quae legum violatores persequitur». Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 720; Rein, ук. соч. стр. 629.

[3]) Въ виду имѣлось только денежное вознагражденіе; Цицеронъ, ссылаясь на законы de repetundis, постоянно употребляетъ выраженіе «pecunias capere. conciliare, pecuniae captae, conciliatae и т. п., напр., Verr. l. III. 30, 71: Quid est aliud, capere et conciliare pecunias, in quo te lex tenet, si hoc non est, vi atque imperio cogere invitos lucrum dare alteri, hoc est, pecuniam dare?—40, 91: tamen hae pecuniae, per vim atque injuriam tuam captae et conciliatae, tibi fraudi et damnationi esse deberent.—84, 194: Utrum tibi pecuniae conciliatae videntur adversum leges, adversus rempublicam, cum maxima sociorum injuria: an vero id recte, ordine e republica, sine cuiusquam injuria factum esse defendes?—94, 218: Utrum, cum judices

должностнымъ лицамъ принимать деньги. Принятіе вознагражденія за выполненіе какихъ-либо оффиціальныхъ обязанностей, по римскимъ понятіямъ, считалось недопустимымъ; вознагражденіе услугъ признавалось возможнымъ лишь въ отношеніи къ низшимъ рядовымъ служащимъ.

Нарушеніе указаннаго запрета въ различныхъ формахъ, подъ разнообразными предлогами и составляло главное содержаніе crimen repetundar.; подъ понятіе этого преступнаго дѣянія подводились слѣдующіе случаи:

1. *Принятіе должностнымъ лицомъ подарковъ* [1]); законъ запрещалъ не только подарки въ собственномъ смыслѣ, но и заключеніе всякихъ договоровъ съ цѣлью прикрыть ими дареніе [2]); мало того, при каждой покупкѣ, совершенной магистратомъ, подразумѣвалось дареніе и продавцу предоставлено было право отыскивать съ покупателя купленныя имъ вещи, безъ обязательства вернуть покупную цѣну [3]); не берется при этомъ во

---

sitis de pecunia capta, conciliata, tantam pecuniam captam negligere: an, cum lex sociorum causa rogata sit, sociorum querimonias non audire?— Dig. XLVIII, 11, воспроизводя l. Julia. говорятъ также о «pecunias capere»: Lex Julia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu potestate curatione legatione vel quo alio officio munere ministeriove publico cepit, vel cum ex cohorte cuius eorum (l. 1);—lege Julia repetundarum cavetur, ne quis... ...aes accipiat... pecuniam accipiat (l. 6, § 2). См. также Dig. III, 6, 1. 1, 2. 3; V. 1, l. 15.

1) Cicero, de leg. III, 4, 11: donum ne capiunto, neve danto, neve petenda, neve gerenda, neve gesta potestate. Quod quis earum rerum migrassit, noxiae poena par esto. — Dig. I. 16, 6 § 3: mandatis continetur, ne donum vel munus ipse pro consul vel qui in alio officio erit accipiat...—Cod. I, 53, 1: ...Donationes vero omnimodo recusent, scientes non esse validas eas in quibuscunque rebus et quacunque aestimatione... Provincias vero moderantibus non solum donationes. sed etiam emptiones quarumcunque mobilium vel immobilium rerum... penitus interdicimus...—Nov. 161. c. 1: sancimus: ut magistratum gerant illi, qui ex bona existimatione spectati sunt ac plurimam in justitia exercenda curam collocarunt. sine donis autem et largitione omni magistratus suscipiant et subjectos quidem incolumes indemnesque conservent... Срав. Rein, ук. соч. стр. 634.

2) Dig. XLVIII, 11, 8 § 1: Eadem lex venditiones locationes eius rei causa (т. е. родъ даренія) pluris minorisve factas irritas facit... — Cod. II, 19, 11: Si per impressionem quis aliquem metuens saltem in mediocri officio constitutum rei suae in eadem provincia vel loco, ubi tale officium peragit, sub venditionis titulo fecerit cessionem. et emptum fuerit reddatur et nihilo minus etiam pecunia retineatur: simili poena servanda, si qui vel conjugis vel amici nominibus abutentes praedam tamen sibi adquirunt.

3) Dig. XVIII, 1, 46: Non licet ex officio, quod administrat quis emere quid vel per se vel per aliam personam: alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini: et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet...—Cod. IV, 44, 18: Vestium

вниманіе ни возможная «bona fides» обѣихъ сторонъ, ни существующія между ними правовыя отношенія. Впрочемъ въ законѣ встрѣчались указанія на допущеніе нѣкоторыхъ исключеній изъ общаго запрета принимать подарки [1]).

2. *Присвоеніе государственной собственности* могло быть преслѣдуемо искомъ «de repetundis», хотя оно входило также въ понятіе peculutus (Cic. Verr. IV, 41, 88) [2]).

3. *Устройство какихъ либо предпріятій въ предѣлахъ управляемыхъ провинцій и, въ частности, держаніе морскихъ кораблей.* Всѣ подобнаго рода дѣйствія и занятія были несоединимы съ положеніемъ магистрата и шли въ разрѣзъ съ общимъ правиломъ, въ силу котораго должностное лицо не должно было обогащаться ни съ помощью подарковъ, ни какимъ другимъ образомъ.

---

et argenti seu mancipiorum coëmendorum, si quando a privatis nostris ea contigerit venumdari, palatini sciant sibi copiam denegatam: poena in eos amissionis pretii exercenda. Срав. также Cod. II, 19, 11; Dig. XII, 1, 33.

[1]) Такими законными исключеніями были: 1. *подарки съѣстного, напитковъ* и т. п., принятіе которыхъ не заключало въ себѣ элемента имущественнаго обогащенія. Dig. I, 18, 18: Plebi scito continetur, ut ne quis praesidum munus donum caperet nisi esculentum potulentumve, quod intra dies proximos prodigatur.--Dig. I, 16, 6, 3: non vero in totum xeniis a stinere debebit proconsul, sed modum adicere, ut neque morose in totum abstineat neque avare modum xeniorum excedat, quam rem divus Severus et imperator Antoninus elegantissime epistula sunt moderati, cuius epistula verba haec sunt: Quantum ad xenia pertinet, audi quid sentimus: vetus proverbium est: οὔτε πάντα οὔτε πάντοτε παρὰ πάντων. nam valde inhumanum est a nemine accipere, sed passim vilissimum est et omnia avarissimum.—Но въ предотвращеніе злоупотребленій и съ этими незначительными подношеніями для нихъ былъ установленъ въ законѣ предѣльный размѣръ, нарушеніе котораго влекло за собою отвѣтственность; такъ Dig. XLVIII, 11, 6, 2: urbani magistratus... ne... plus doni muneris in anno accipiant quam quod sit aureorum centum. Долж. лица низшаго ранга были лишены и этого права, какъ можно заключить изъ Cod. XI, 55, 2.—2. *почетныя подношенія, не обогащающія принимающаго ихъ*, напр., съ цѣлью увѣковѣченія его памяти; по l. Cornelia, какъ было выше указано, если собранныя съ этой цѣлью деньги не расходовались въ теченіе 5 лѣтъ сообразно своему назначенію, то онѣ разсматривались какъ подарки; см. напр., Cic. Verr. II, c. 98, 142: Verum ubi tandem, aut in quibus statuis ista tanta pecunia consumta est? Consumetur, inquies. Scilicet expectemus legitimum illud quinquennium. Si hoc intervallo non consumperis; tum denique nomen eius de repetundis pecuniis statuarum nomine deferamus. 3. *подарки, дѣлаемые родственниками.* Dig. XLVIII, 11, 1, 1: Excipit lex (Julia repetundarum) a quibus licet accipere, a sobrinis proprioreve gradu cognatis suis, uxore (или uxorisve). Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 715—716; Rein, ук. соч. стр. 627.

[2]) См. Mommsen, ук. соч. стр. 716. Stracham Davidson, ук. соч. II, 8.

Это правило, имѣвшее сначала примѣненіе только къ магистратамъ, позднѣе распространилось и на должностныхъ лицъ подчиненныхъ; всѣ сдѣлки, заключенныя вопреки указанному запрету, могли быть расторгнуты [1]).

4. *Незаконные сборы съ населенія*, т. е. такіе, установленіе которыхъ не было предоставлено усмотрѣнію должностного лица, если при этомъ они производились съ цѣлью личнаго обогащенія; таковы напр. сборы на вѣнокъ побѣды, если сенатъ не давалъ намѣстнику тріумфа [2]), или взиманіе установленныхъ закономъ сборовъ, но въ излишнемъ размѣрѣ [3]).

5. *Вымогательство* т. е. принужденіе къ даренію угрозой послѣдствіями въ случаѣ отказа. Существованіе общаго запрета даренія должностныхъ лицъ дѣлало из-

---

1) Цицеронъ говоритъ о запретѣ покупки рабовъ, кромѣ случаевъ замѣны умершихъ: sanxerunt, ne quis emeret mancipium, nisi in demortui locum. (Verr. IV, 5, 9) Dig. XII, 1, 34, § 1: praeses provinciae mutuam pecuniam fenebrem sumere non prohibetur. Срав. Cod. IV, 2, 16: Quisquis iudici fenebrem pecuniam mutuaverit, si in provincia fuerit versatus, quasi emptor legum atque provinciae, vel si collectarius honoris pretium dederit ambienti, exilii poena una cum ipso iudice plectetur. — Въ другомъ мѣстѣ Цицеронъ (pro Flacco, XXXIV, 85) говоритъ о неодобрительномъ отношеніи даже по вступленію въ наслѣдство въ періодъ несенія должности: relinquitur illud, quod vociferari non destitit, non debuisse, cum praetor esset, suum negotium agere, aut mentionem facere hereditatis.—Dig. XVIII, 1, 62: Qui officii causa in provincia agit vel militat, praedia comparare in eadem provincia non potest, praeterquam si paterna eius a fisco distrahantur. См. также Cicero. Verr. I, 36; III, 72; IV, 4; V, 18; Dig. XII, 1, 33: Principalibus constitutionibus cavetur, ne hi, qui provinciam regunt, quive circa eos sunt, negotientur mutuamve pecuniam dent foenusve exerceant. — Dig. XLIX, 14, 46 § 2: Quod a praeside seu procuratore vel quolibet alio in ea provincia, in qua administrat, licet per suppositam personam comparatum est, infirmato contractu vindicatur et aestimatio eius fisco infertur: nam et navem in eadem provincia, in qua administrat, aedificare prohibetur.—L. 5, 3: senatores autem hanc vocationem habere non possunt, quod nec habere illis navem ex lege Julia repetundarum licet. См. также Cod. I, 53, 1; II, 1911; IV, 44, 18; IX, 27, 6. См. Mommsen. R. Staatsrecht, 3, 899 и Strafrecht, стр. 719—720. Strachan-Davidson, ук. соч. II, 8.

2) См. напр. Cic. in Pis. XXXVII, 90: Mitto aurum coronarium, quod te diutissime torsit, cum modo velles, modo nolles. lex enim generi tui et decerni et accipere vetabat, nisi decreto triumpho. In quo tu accepta tamen et devorata pecunia, ut in Achеorum centum talentis, evomere non poteras: vocabula tantum pecuniarum, et genera mutabas.

3) Напр. требованіе хлѣба Верресомъ—Cic. Verr. III, 81, 188 и слѣд., или требованія флота Флаккомъ—Cic. pro Flacco, XII, 27, или наконецъ, излишнія требованія налоговъ и пошлинъ со стороны сборщиковъ, Cod. X, 20, 1: Si quis exactarum superexactionis crimen fuerit confutatus, eandem poenam subeat, quae divi Valentiniani sanctione dudum fuerat definita; см. также Cod. XII, 57, 1; I 27, 1, 17; 2, 12; tit. 25, 4; X, 48. 8, Nov. VIII, c. 7, 8; CXXVIII, 12. Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 718—719; Rein, ук. соч. стр. 633—634.

лишнимъ разслѣдованіе отягчающаго обстоятельства—способа дѣятельности, и только въ II вѣка по Р. Хр. вымогательство стало разсматриваться, какъ самостоятельный деликтъ (concussio) [1]). Предметомъ вымогательства могли быть не только денежныя приношенія, но и услуги [2]).

6. *Взяточничество*, въ смыслѣ принятія денегъ должностнымъ лицомъ за учиненіе или неучиненіе какого либо служебнаго дѣйствія, (quo magis aut minus quid ex officio suo faceret), подобно вымогательству, въ качествѣ «delictum sui generis» было неизвѣстно римскому праву, оно также поглощалось болѣе общимъ запретомъ полученія денегъ. Но въ l. Julia содержалось указаніе на рядъ дѣйствій должностного характера, совершаемыхъ подъ вліяніемъ подкупа, хотя характеръ этой дѣятельности, ея противоправность или закономѣрность существеннаго значенія не имѣли. Такъ l. Julia говорилъ о взяточничествѣ при отправленіи правосудія («pecuniam ob iudicandum vel non iudicandum decernendumve acceperit»,—«ob iudicem arbitrumve dandum, mutandum iubendumve, ut indicet: neve ob non dandum, non mutandum non iubendum, ut iudicet»,—«ob litem aestimandam iudiciumve capitis pecuniaeve faciendum vel non faciendum»—Dig. XLVIII, 11, 3, 7), о лишеніи свободы подъ вліяніемъ подкупа («ob hominem in vincula publica coiciendum vinciendum vincireve iubendum exve vinculis dimittendum»—тамъ же), о взяточничествѣ при наборѣ («ob militem legendum mittendumve—тамъ же, l. 6), при повѣркѣ построекъ публичныхъ зданій («ne in acceptum feratur opus publicum faciendum... sarta tecta tuenda, antequam perfecta probata praestita lege erunt»—

[1]) «Concutere» отъ «quatere», синон. «terrere». Dig. XLVII, 13, 7: Si simulato praesidis iussu concussio intervenit, ablatum eiusmodi terrore restitui praeses provinciae iubet et delictum coërcet. Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 717.

[2]) Cod. XI, 55, 2; Si qui eorum, qui provinciarum rectoribus obsequuntur quique in diversis agunt officiis principatus et qui sub quocumque praetextu muneris publici possunt esse terribiles, rusticano cui piam necessitatem obsequii quasi mancipio sui juris imponant aut servum eius vel forte bovem in usus proprios necessitatesque converterint, ablatis omnibus facultatibus perpetuo subjugentur exilio, et nihilo minus rusticanum, qui se in eiusdem operas sponte propria detulisse responderit, par poenae severitudo constringat.

тамъ же, l 7), объ освобожденіи, подъ вліяніемъ подкупа, отъ налоговъ и платежей («ne acceptum feratur,.. frumentum publice dandum» — тамъ же), о взяточничествѣ свидѣтелей («ob denuntiandum vel non denuntiandum testimonium», тамъ же l. 6) и вообще о полученіи денегъ по поводу исполненія или неисполненія своихъ обязанностей («vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret»—тамъ же l. 4; «qui munus publice mandatum accepta pecunia ruperunt, crimine repetundarum postulantur» — тамъ же, l. 9).

Таково крайне обширное и разнообразное содержаніе понятія «criminis repet». Но если это понятіе выходило далеко за предѣлы понятій взяточничества и вымогательства, то. съ другой стороны, эти послѣднія дѣянія подводились не только подъ «crimen repetundarum», но и подъ «crim. falsi»; такъ «crim. falsi» признавались различные случаи судебнаго взяточничества и лиходательства: взяточничество и подкупъ судей, обвинителей и свидѣтелей [1]).

Размѣръ отвѣтственности за дѣянія, подходящія подъ понятіе «crimen repet.» постепенно видоизмѣнялся. Первоначально это дѣяніе влекло за собою лишь возвратъ неправомѣрно пріобрѣтеннаго, затѣмъ (по l. Acilia) размѣръ взысканія удвоился, а по l Julia увеличился въ четыре раза [2]).

---

1) См. Dig. XLVIII, 10, 1, 2: Item ob instruendam advocationem testimonione pecuniam acceperit... Sed et si quis ob renuntiandum remittendumve testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam acceperis, poena legis Corneliae adficitur. et qui iudicem corruperit corrumpendumve curaverit— l. 21: is adjungitur et is, qui iudicem corrumpit. Sed remittius puniri solent, ut ad tempus relegentur nec bona illis auferantur.—Dig. XLVII, 13, 2: «Concussionis iudicium publicum non est: sed si ideo pecuniam quis accepit, quod crimen minatus sit, potest iudicium publicum esse ex Senatus consultis, quibus poena legis Corneliae teneri iubentur, qui in accusationem innocentium coierint quive ob accusandum vel non accusandum, denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperint».—Срав. также Dig. XLVIII, 8, 1, 1: «qui magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret».

2) Cod Thevd. XI, 16, 8... Si quid autem arbitrio suo describserit provinciales vel exegerit, in duplum inferet et officium eius quadruplum cogetur expendere, super exigenda condenmatione comite largitionum curante.— l. 11: Caveant igitur magnifica auctoritas tua, ne praeter ea quae a mansuetundine nostra patuerit indictae tenuiorum oneret functionem, ut si quis usurpatoria temeritate amplius aliquid fuerit conatus exigere, *obnoxius quadrupli repetitione teneatur*. Срав. Cod. Inst. X, 48, 8.—Cod. IX, 27, 1: Ut unius

Равнымъ образомъ, болѣе ранніе законы ничего не говорили о правоограниченіяхъ, но уже въ l. Servilia, повидимому, было сдѣлано указаніе на эти послѣдствія обвинительнаго приговора. Сулла (l. Cornelia) вернулся къ прежней системѣ взысканія только неправомѣрно пріобрѣтеннаго, а Цезарь, увеличившій размѣръ взысканія, вмѣстѣ съ тѣмъ возстановилъ и правоограниченія [1]). Вслѣдствіе этихъ правоограниченій, осужденный лишался права занимать должности [2]), участвовать въ сенатѣ, быть присяжнымъ [3]), представителемъ на судѣ и свидѣтелемъ [4]).

Съ измѣненіемъ характера производства дѣлъ о crim. repet. судебныя учрежденія, разсматривавшія ихъ, получили болѣе широкія полномочія въ выборѣ карательныхъ послѣдствій, и обычнымъ послѣдствіемъ осужденія сдѣлалось изгнаніе, сопровождаемое конфискаціей имущества [5]). Однако не каждаго осужденнаго за crim.

---

poena metus possit esse multorum, ducem qui male egit ad provinciam, quam nudaverat cum custodia competenti ire praecipimus, ut non solum, quod eius non dicam domesticus, sed manipularius et minister accepit, verum etiam quod ipse a provincialibus nostris rapuit aut sustulit, *in quadruplum invitus exsolvat*; (срав. Cod. Theod. IX, 27, 3)—l. 6: tunc si quis ausus fuerit praebita sacramenta neglegere, non modo adversus accipientem, sed etiam adversus dantem accusandi cunctis tamquam crimen publicum concedimus facultatem, *quadrupli poena* eo qui convictus fuerit modis omnibus feriendo.—Cod. I, 51, 3, § 1: Pro confesso autem tenebitur, qui accusatus huiusmodi personam subtraxerit: eaque *in quadruplum restitui iubemus*, quae desiderantur abluta, ut duplum spoliatus accipiat, duplum noster fiscus adquirat. Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 728; Rein, ук. соч. стр. 640.

1) Dig. I, 2: Cassi ns Longinus non putat ei permittendum, qui propter turpitudinem senatu motus nec restitutus est, indicare vel testimonium dicere, quia l. Julia repet. hoc fieri vetat. Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 729.

2) Cod. Theod. IX, 27, 1: Iudices, qui se furtis et sceleribus fuerint maculasse convicti, ablatis codicillorum insignibus et honore exuti inter pessimos quosque et plebtios habeantur. Nec sibi posthac de eo honore blandiantur, quo se ipsi indignos indicaverunt. Cod. XII, 1, 12. Срав. Mommsen, ук. соч. стр. 720. Rein, ук. соч. стр. 641.

3) См. выше Dig. I, 9, 2;—XLVIII, 11, 6, 1: Hac lege (l. Julia repet.) damnatus testimonium publice dicere aut iudex esse postutareve prohibetur.

4) Dig. XXII, 5, 15 pr.: repetundarum damnatus nec ad testamentum, nec ad testimonium adhiberi potest. Contra Ulpian. Dig. XXVIII, 1, 20, 5: Eum qui lege repetundarum damnatus est ad testamentum adhiberi posse existimo, quoniam in iudicium testis esse vetatur. Также Nov. XC, c. 1. См. также общія послѣдствія правоограниченій: Cod. X, 58, un.,—XII, 1, 2;—Dig. X, 32, 8.,

5) Dig. XLVIII, 2, 20: Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et majestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur... tit. 11, 7, 3: hodie ex lege repetundarum

repet. постигали одновременно всѣ перечисленныя кары: и денежныя взысканія, и правоограниченіе и exilium, при производствѣ «extra ordinem» судъ избиралъ ту или другую мѣру, сообразно съ обстоятельствами дѣла.

Еще большей свободой въ этомъ отношеніи пользовался самъ императоръ, если дѣло доходило до его разсмотрѣнія [1]). Въ Nov. CXXIV, посвященной судебному взяточничеству, проводилось различіе между принятіемъ дара при рѣшеніи дѣла уголовнаго и гражданскаго: наказаніемъ въ послѣднемъ случаѣ былъ штрафъ въ размѣрѣ тройной полученной мзды или двойной обѣщанной и лишеніе должности, для уголовнаго судьи наказаніемъ служила конфискація и изгнаніе [2]). Лиходатель подлежалъ равной со взяточникомъ отвѣтственности, но сознаніе, имъ сдѣланное, освобождало его отъ отвѣтственности [3]).

Особенностью «crimen repetundarum» было допущеніе иска о возвратѣ неправильно полученнаго не

---

extra ordinem puniuntur et plerumque vel exitio puniuntur vel etiam durius, prout admiserint. По предположенію Rein'а, конфискація примѣнялась лишь тогда, когда намѣстникъ пріобрѣталъ все свое имущество въ провинціи. Rein, ук. соч. стр. 640; Mommsen, ук. соч. стр. 731.

1) Dig. XLVIII, 11, 7, 3: Hodie ex lege repetundarum extra ordimen puniuntur et plerumque vel exilio puniuntur vel etiam durius, prout admiserint. Quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? vel, licet, non acceperint, calare tamen inducti interfecerint vel innocentem vel quem punire non debuerant? capite plecti debent vel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt.

2) Nov. CXXIV, c. 2: qui vero accepit aut promissionem suscepit aut ei probatur, si quidem pecuniaria sit causa, quod quidem datur triplum, quod vero promittitur duplum a comite privatarum exigatur, et dignitatem seu cingulum quod habet in utroque casu amittat. Si autem criminalis fit accusatio confiscationem proprie substantiae patiatur et mittatur in exilium, qui propter acceptionem alienum crimen in se transponi festinavit.

3) Такъ же: Si quis autem ex litigataribus dixerit dedisse alicui aut promisisse, et personam declaravit et hoc probaverit, ipse quidem in eventu litis veniam mereatur. По мнѣнію Teichmüller'а, лиходатель м. б. привлеченъ къ отвѣтственности только за falsum, при чемъ онъ подвергался смягченной отвѣтственности. Dig. XLVIII, 10, 1: Poena legis Corneliae irrogatur ei... et qui iudicem corruperit corrumpendumve curaverit. l. 21 Dig. h. t.: sed remissius puniri solent, ut ad tempus relegentur nec bona illis auferantur. Обычное наказ. за falsum см. l. 1 § 13 и l. 33 Dig. h. t. Но лиходатель кромѣ того, терялъ свой искъ. Cod. VII, 49, 1: Constitit in quacumque causa sive privata sive publica sive fiscali, ut, cuicumque data fuerit pecunia, vel iudici vel adversario, amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit. Но Nov. CXXIV, c. 2, а также Cod. IX, 27, 6 говорятъ одинаково объ отвѣтственности какъ взяточника, такъ и лиходателя.

только къ самому виновному, но въ случаѣ его смерти или несостоятельности, къ тѣмъ, кто по тѣмъ или другимъ основаніямъ получили отъ него деньги; наслѣдники же обязывались не только возвратить неправомѣрно пріобрѣтенное, но и уплатить штрафъ (по l. Julia—четверной) [1]. Имущество, пріобрѣтенное вопреки законамъ о «crim. repet.», подобно имуществу похищенному, могло быть отобрано даже отъ добросовѣстнаго владѣльца. Искъ о возвратѣ долженъ быть предъявленъ въ теченіе года со дня ухода должностного лица [2].

Преслѣдованіе возбуждалось только въ случаѣ оконченнаго преступнаго дѣянія, покушеніе для этого было недостаточно [3].

Если подъ вліяніемъ полученныхъ денегъ должностное лицо учиняло что-либо незаконное, то потерпѣв-

---

[1]) Обращеніе требованія о возвратѣ къ наслѣдникамъ, въ случаѣ несостоятельности самого осужденнаго, было допущено въ l. Servilia; см. Cic. pro Rob. Post. IV, 9: Est enim haec causa, quo ea pecunia pervenerit, quasi quaedam appendicula causae judicatae atque damnatae... Lex aequa est. Jubet (l. Julia) persequi ab iis, ad quos ea pecunia, quam is ceperis, qui damnatus sit, pervenerit. Si est hoc novum in lege Julia, sicuti multa sunt severius scripta, quam in antiquis legibus, et sanctius; iudicatur sane etiam consuetudo huius generis judiciorum nova. Sin hoc totidem verbis translatum caput est, quod fuit non modo in Cornelia, sed etiam ante in lege Servilia... Dig. XLVIII, 13, 16: Publica iudicia peculatus et de residuis et repetundarum similiter adversus heredem exercentur, nec immerito, cum in his quaestio principalis ablatae pecuniae moveatur. Dig XLVIII, 2, 20. Къ наслѣдникамъ искъ м. б. предъявленъ въ теченіе года со дня смерти долж. лица—Dig. XLVIII, 11, 2: Datur ex hac lege et in herede actio intra annum dum taxat a morte ejus qui arguebatur. Rein полагаетъ, что наслѣдники отвѣчали лишь въ размѣрахъ неправомѣрно полученнаго и не были обязаны уплачивать четвертное вознагражденіе. См. ук. соч. стр. 641.

[2]) Cod. Theod. IX, 27, 7: Unusquisque procurator, praepositus gynaecei, tabularius susceptor colonus vel quicumque se a comite domorum meminerit esse concussum, cum ipse cui pecuniam numeraverit administratione decesserit, intra anni spatia ad iudicium spectabilitatis tuae quidquid dederit repetiturus adcurrat, ut prosit pensionibus, quidquid ille reddiderit. Sin vero ex tempore depositae administrationis praestituti temporis curricula transfluxerint, nulla vox advocationis emergat, sed ipsos procuratores praepositos colonos tabularios susceptares obnoxios ad solutionem iubemus arsari. Cod. IX, 27, 5.

[3]) Для признанія дѣянія оконченнымъ нѣкоторые изъ старыхъ криминалистовъ какъ напр. Lyncker, cap. 6 § 14, Bodinus, sect. II, thes. 7, а также Tittmann требовали наличности дѣйствительнаго нарушенія долга и дѣятельности сообразно съ желаніями лиходателя. Dig. XLVIII, 11, 4: vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret. Nov. CXXIV, c. 2. Напротивъ, Henke считаетъ достаточнымъ одного принятія дара; ук. соч. стр. 501.

шему открывался для преслѣдованія двоякій путь: или за «crimen repetund.», или за учиненное, подъ вліяніемъ подкупа преступленіе [1]).

*(Окончаніе слѣдуетъ).*

---

[1]) Напр. при учиненіи насилія—са crim. vis: «Lege Julia de vi publica tenetur, qui, cum imperium potestatemve haberet, civem Romanum adversus provocationem necaverit verberaverit iusseritve quid fieri aut quid in collum iniecerit, ut torqueatur...» (Dig. XLVIII, 6, 7).—«Ex senatus consulto Volusiano, qui inprobe coëunt in alienam litem, ut quidquid ex condemnatione in rem ipsius redactum fuerit, inter eos communicaretur, lege Julia de vi privata tenentur». (Dig. XLVIII, 7, 6);—за crim. de sicariis: «Lege Cornelia de sicariis tenetur, qui, cum in magistratu est esset, eorum quid fecerit contra hominis necem, quod legibus permissum non sit». (Dig. XLVIII, 8, 4). Наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ было выше сказано, имѣлась возможность преслѣдованія за crimen falsi; см. Dig. XLVIII, 10, 1 и tit. 13, 2.

# О государственной власти [1]).

(Опытъ монистической конструкцiи юридической сущности правового государства).

П. А. Покровскаго.

За послѣднее время въ литературѣ, посвященной вопросамъ публичнаго правовѣдѣнiя, часто приходится встрѣчать сѣтованiя и жалобы на то, что, при громадномъ количествѣ ученыхъ трудовъ, результаты, достигнутые здѣсь, весьма невелики. Жалобы эти справедливы. Ученые всѣхъ странъ—особенно нѣмцы—пишутъ, пишутъ, но чѣмъ больше пишутъ, тѣмъ больше запутываются и запутываютъ другихъ въ хаосѣ противорѣчивыхъ, неясныхъ мыслей.

Основныя понятiя, полагаемыя учеными въ корень построенiй, отличаются недостаточной опредѣленностью, сами построенiя—схоластичностью и оторванностью отъ жизни, а научные споры—своей ужасающей безплодностью... Споры должны имѣть мѣсто во всякой наукѣ. Различныя мiропониманiя, различныя точки зрѣнiя на предметъ естественно вызываютъ ихъ. Но плохо, когда споры ведутся изъ-за *словъ*, плохо, когда стороны въ своемъ спорѣ, забываютъ о жизни, о *фактахъ*, какiе должны всегда лежать въ основанiи серьезнаго, науч-

---

[1]) Мысли, развиваемыя авторомъ въ этомъ очеркѣ, были уже отчасти формулированы имъ въ статьѣ «Къ вопросу о субъектахъ международнаго права» («Извѣстiя Министерства Иностранныхъ Дѣлъ», издаваемыя подъ ред. проф. Б. Э. Нольде, ноябрь, 1912 г. стр. 177—210). Однако въ послѣдней работѣ сама тема ея мѣшала освѣтить вопросъ съ достаточной полностью. Кромѣ того въ вышеуказанной статьѣ авторъ,—какъ онъ видитъ теперь—недостаточно оттѣнилъ *эволюцiю* существа государственной власти, запечатлѣвъ характеромъ абсолютной догмы свои выводы, въ полной мѣрѣ справедливые лишь для дѣйствительности правого государства.

наго спора; плохо, словомъ, если спорящій дѣлается *схоластикомъ* и, закрывшись отъ жизни горою книжекъ, изъ головы да изъ книжныхъ авторитетовъ высасываетъ аргументы для посрамленія противника. Между тѣмъ именно такіе схоластическіе споры являются характерными для современной науки публичнаго правовѣдѣнія—особенно нѣмецкаго. Знакомясь съ поистинѣ необозримымъ моремъ разныхъ теорій и системъ публичнаго права, изслѣдуя «научныя контраверзы», возникающія между отдѣльными системами, невольно вспоминаешь лукаваго Гетевскато Мефистофеля и его ядовитыя слова, рекомендующія замѣнить словами понятія тамъ, гдѣ послѣднихъ не хватаетъ... «Изъ словъ системы создаются, словами диспуты ведутся»—иронизируетъ Мефистофель, и врядъ ли найдется болѣе краснорѣчивое подтвержденіе этихъ ядовитыхъ словъ, чѣмъ современная наука публичнаго права, гдѣ ученые недостатокъ глубокой и ясной, идущей «до дна жизни» мысли, замѣняютъ десяткомъ достаточно общихъ и туманныхъ словъ и ссылкой на десятокъ авторитетовъ.

Всѣ эти общія и достаточно печальныя соображенія—намъ кажется—должны приходить въ голову съ особенной ясностью и осязательностью, если разбираться въ одномъ изъ кардинальнѣйшихъ вопросовъ современнаго публичнаго правовѣдѣнія—въ вопросѣ о государственной власти. Господствующая нынѣ въ публичномъ правовѣдѣніи формально - юридическая школа ставитъ вопросъ о существѣ государственной власти, объ ея отношеніи къ праву, объ ея функціяхъ и пр прямотаки въ основаніе всѣхъ своихъ научныхъ построеній. Государственной власти приписываются свойства, отличающія эту власть отъ всякой другой власти, и притомъ такія свойства, что государственная власть—весьма, надо сказать, неясно отдѣленная отъ носителя власти—государства, превращается въ особое живое существо высшаго порядка, самодовлѣющее, независимое ни отъ чего и ни отъ кого и царящее надъ всѣмъ. Если вдуматься въ большинство конструкцій, предлагаемыхъ нѣмецкими учеными для пониманія государственной власти, невольно приходишь къ выводу, что

государственная власть для нихъ—своего рода земной богъ, передъ которымъ должно преклониться все остальное на землѣ. Человѣкъ передъ лицомъ господствующихъ, получающихъ все большее распространеніе, формально - юридическихъ конструкцій чувствуетъ себя болѣе, чѣмъ неудобно. Его права, права всѣхъ другихъ другихъ обществъ и организацій, которымъ не дается названіе государственныхъ,—все это какіе-то безжизненные призраки передъ лицомъ всемогущественной государственной власти.

Мы сказали только-что, что указанныя идеи пріобрѣтаютъ не большее и большее распространеніе. Ихъ популяризируютъ составители всякихъ учебныхъ руководствъ и пособій. Въ учебникахъ, приготовляемыхъ для высшей школы, они стали ходячей монетой. Но насколько цѣнна эта «ходячая монета», которой питаютъ подрастающее поколѣніе и широкую публику? Данная статья представляетъ изъ себя попытку критики господствующихъ доктринъ. О томъ же, серьезна и основательна ли эта критика—объ этомъ пусть судятъ читатели.

Надо добавить однако, во избѣжаніе недоразумѣній, что статья преслѣдуетъ не одну только критическую цѣль. Пишущій эти строки глубоко убѣжденъ, что всякій «живой критикъ», прежде чѣмъ критиковать что-либо, *долженъ* создать для себя твердый базисъ, заключающійся въ собственномъ взглядѣ на вопросъ. Критика для критики, сводящаяся къ подмѣчиванію отдѣльныхъ lapsus'овъ мысли и логики, есть критика или диллетанта, который отъ всякой доктрины требуетъ лишь логической симметріи, или книжника-начетчика,—человѣка продавшаго свою собственную живую мысль чужимъ мыслямъ и авторитетамъ и ищущаго во всякомъ трудѣ прежде всего формальныхъ неточностей въ изложеніи чужихъ мыслей и цитатъ. И та и другая критика приносятъ, конечно, извѣстную пользу. Однако насколько выше, продуктивнѣе и важнѣе, когда опредѣленное міровоззрѣніе критикуется во имя другого болѣе или менѣе противорѣчащаго или прямо противоположнаго критикуемому. Эта критика не столько копается въ частно-

стяхъ, сколько опровергаетъ въ случаѣ полнаго несогласія съ критикуемымъ міровоззрѣніемъ—самыя основы міровоззрѣнія. а въ случаѣ частичнаго разногласія очищаетъ и уясняетъ правильное рѣшеніе вопроса отъ нежелательныхъ уклоненій въ сторону.

Наша критика постарается быть именно такой. Не только опроверженіе неправильнаго, но и созданіе правильнаго является нашей цѣлью. Размѣры и характеръ самой работы позволяютъ разсмотрѣть взятую проблему лишь въ самыхъ существенныхъ, основныхъ чертахъ. Но—думается—существенное должно итти всегда прежде развитія мысли во всѣхъ ея извѣтвленіяхъ и нюансахъ.

## I.

Мы уже высказывали разъ въ другомъ мѣстѣ [1]) наше глубокое убѣжденіе, что въ изученіе всякой доктрины должно вноситься, какъ можно болѣе, *историчности*. Понять доктрину, оторванно отъ ея историко-политической среды, отъ ея историческихъ истоковъ и отъ общаго міровоззрѣнія авторовъ доктрины невозможно. Изучаемая оторванно отъ всего этого доктрина превращается въ нѣчто схоластическое, мертвое и ненужное. Даже въ томъ случаѣ, если изучаемая въ такой оторванности доктрина будетъ изложена рукой мастера, добросовѣстно изучившаго внѣшнюю структуру доктрины,—впечатлѣніе сухости и мертвенности остается нетронутымъ [2]). Этотъ методъ—методъ трудный, но пло-

---

[1]) См. нашу статью «Политическая доктрина Ж. Ж. Руссо въ связи съ общими принципами его ученія». Юрид. Записки изд. Демидовскаго Лицеемъ 1912. к. III. стр. 333.

[2]) Если читателю приходилось сталкиваться съ извѣстнымъ пятитомнымъ трудомъ проф. Чичерина «Исторія политическихъ ученій», онъ можетъ провѣрить сказанное нами на впечатлѣніи, произведеннымъ этимъ трудомъ. Большинство излагаемыхъ доктринъ изложены Чичеринымъ со скрупулезной тщательностью. Это создало труду Чичерина почетную извѣстность въ ученомъ мірѣ: всякій ученый, кому понадобится справка относительно той или иной стороны доктрины. изложенной Чичеринымъ, можетъ за неимѣніемъ подъ рукой оригинала обратиться за справкой къ труду Чичерина и быть спокойнымъ за справедливость передачи *внѣшней структуры чужой мысли*. И все-таки... мало книгъ оставляющихъ послѣ себя такое мертвое впечатлѣніе, какъ указанный трудъ Чичерина. Въ его изложеніи доктрины берутся совершенно оторванно отъ жизни и потому теряютъ свою плоть и кровь.

дотворный—постараемся примѣнить и мы, критикуя господствующее ученіе о государственной власти.

Дать внѣшнее изложеніе господствующаго ученія не столь уже трудно. Не смотря на массу несогласій и массу споровъ, ведущихся по вопросу о существѣ государственной власти между сторонниками господствующаго ученія, есть нѣчто, что объединяетъ всѣхъ этихъ сторонниковъ, и это нѣчто и является *сутью ученія.*

*Суть заключается въ представленіи, что государственная власть есть особая, изначальная, независимая ни отъ чего сила.* Силу эту сторонники господствующей доктрины тщательно отдѣляютъ и противопоставляютъ, между прочимъ, *силѣ права.* Взаимоотношенія между государственной властью и правомъ различные писатели, какъ мы увидимъ сейчасъ, понимаютъ различно. Но представленія объ *изначальности* государственной власти и противоположеніе государственной власти праву является общимъ, не смотря на всѣ различія.

Большинство защитниковъ господствующей доктрины склоняются къ той, формулированной наиболѣе законченно Ihering'омъ, мысли, что государство и государственная власть относятся къ праву и его власти, какъ сила первоначальная относится къ силѣ производной. Право понимается, какъ совокупность нормъ, установленныхъ государственной властью. Этотъ взглядъ очень ясно формулированъ уже Герберомъ въ его «Grundzügen des Deutschen Staatsrechts». «Государство, какъ личность,—писалъ этотъ патріархъ современнаго нѣмецкаго публичнаго правовѣдѣнія,—имѣетъ своеобразную волевую силу, государственную власть. Она заключается *въ правѣ властвовать*, т. е. въ правѣ выражать съ цѣлью осуществленія задачъ, заключающихся въ государственныхъ цѣляхъ, волю, связывающую весь народъ» [1]). Эта «государственная власть—естественная сила, которая изначально имѣется въ государствѣ». Болѣе поздніе послѣдователи Гербера всецѣло примкнули къ нему, стараясь примирить мысль о первоначальной власти государства съ правовыми идеями современности.

---

[1]) «Grundzüge» 3 Aufl. S. 226.

Для примѣра возьмемъ взгляды двухъ ученыхъ, считающихся наиболѣе выдающимися государствовѣдами—публицистами Германіи—*Лабанда* и, не такъ давно скончавшагося, *Еллинека*. Критерій государства,—по Лабанду, заключается въ томъ, что «государства обладаютъ, *въ силу собственнаго права*, публичноправовой властью господства (Herrschafft) [1]). «Эта власть заключается въ правѣ приказывать свободнымъ личностямъ (и ихъ союзамъ) предпринимать извѣстныя дѣйствія или воздерживаться отъ нихъ и вести себя опредѣленнымъ образомъ, а также въ правѣ употреблять принужденіе для осуществленія своихъ приказаній. Наималѣйшее государство обладаетъ такимъ правомъ» [2]). Съ другой стороны Лабандъ отказываетъ, соотвѣтственно, въ этомъ правѣ всему, что не является государствомъ, и ставитъ точку надъ і, говоря, что господство государства—его специфическая привиллегія, которую она ни съ кѣмъ не дѣлитъ... Какъ же относится государственная власть къ праву? Лабандъ разрѣшаетъ эту проблему слѣдующимъ образомъ: «Государственная власть in abstracto никоимъ образомъ не связана закономъ, потому что государство можетъ свои законы во всякій моментъ измѣнить, пріостановить и отмѣнить» [3]), но все-таки «государство является личностью дѣйствующей и управляющей внутри права. Поэтому—и это является признакомъ правового государства—«государство не можетъ требовать отъ своихъ подданныхъ никакого дѣйствія и никакого воздержанія отъ дѣйствія, не можетъ имъ ничего приказывать и ничего запрещать, какъ только на основаніи правовой нормы» [4]). Такимъ образомъ получается слѣдующая схема: изначальная государственная власть, устанавливающая законодательныя нормы, связана въ управленіи этими нормами...

Аналогичный въ общемъ строй мыслей мы встрѣчаемъ у Еллинека, только въ формѣ болѣе запутанной

---

1) *Laband* «Das Staatsrecht des Deutschen Reiches» Dritte Auflage. Freiburg und Leipzig 1895, S. 59.

2) Ibid. S. 62.

3) Ibid. S. 552.

4) Ibid. S. 653.

и неясной, какъ всегда у этого ученаго. *Власть государства понимается у него, какъ нѣчто первичное, изначала присущее государству и являющееся отличительнымъ, специфическимъ признакомъ его* [1]. *Право не можетъ создать государства. «Государство служитъ, напротивъ, основаніемъ самого бытія права* [2]. «Если понимать подъ государствомъ политическое общеніе современныхъ народовъ, то право, безъ сомнѣнія, существовало до него. Но, если мыслить государство динамически и опредѣлять, какъ высшій въ данную эпоху основанный на власти союзъ, то отвѣтъ получится совершенно иной... Въ указанномъ смыслѣ никогда... не существовало догосударственнаго права» [3]. Такъ пишетъ Еллинекъ и продолжаетъ... «Государство всегда имѣетъ тенденцію поглощать власть подчиненныхъ союзовъ и этотъ процессъ поглощенія завершается тѣмъ, что въ концѣ концовъ государство дѣлается единственнымъ носителемъ верховной власти. Такимъ образомъ въ рукахъ государства сосредоточивается, если не все правотворчество, то юридически упорядоченная защита права. Принадлежащее къ реализаціи этого права принужденіе, какъ одинъ изъ аттрибутовъ верховной власти, принадлежитъ исключительно государству» [4]. Государство, государственная власть даетъ силу праву.

Все это повтореніе мыслей Лабанда только въ болѣе «ученой», если можно такъ выразиться, формѣ. Но на ряду съ этимъ повтореніемъ мы встрѣчаемъ у Еллинека очень тонкія замѣчанія, въ которыхъ онъ близокъ къ истинѣ, но которыхъ онъ, къ сожалѣнію, не развилъ надлежащимъ образомъ... «Исходя изъ того положенія—пишетъ, напримѣръ, Еллинекъ, что государство въ правѣ измѣнить всякую правовую норму, многіе и теперь еще утверждаютъ, что само государ-

[1]) «Общее ученіе о государствѣ» русск. пер. С. Гессена. Спб. 1908 г стр. 130.

[2]) Ibid. стр. 199. Ср. его же «Gesetz und Verordnung»: Im Unterschiede von allen Persönlichkeiten setzt der Staat sich selbst sein Recht». Freiburg 1887, S. 196.

[3]) «Общее ученіе», стр. 266—267.

[4]) Ibid. стр. 267—268.

ство не можетъ быть связано его собственнымъ правомъ» [1]). Однако это не вѣрно для правового государства, «гдѣ *дѣятельность* государства регулируется прочными правовыми нормами, возникающими и подлежащими измѣненію только въ установленныхъ правомъ формахъ. Такая норма, прежде всего, обязательна для органовъ государства. Но съ тѣмъ вмѣстѣ является уже связанной и дѣятельность самого государства: дѣятельность органовъ государства и есть сама государственная дѣятельность, другой дѣятельности государства... вообще не существуетъ»... [2]). Высказанное здѣсь убѣжденіе о связанности дѣятельности государства собственнымъ правомъ, т. е. законами, Еллинекъ считаетъ твердымъ пріобрѣтеніемъ современности [3]). Но, не смотря на это «пріобрѣтеніе», Еллинекъ излагаетъ свои взгляды въ общемъ такъ, что пріоритетъ государственной власти надъ правомъ проступаетъ у него съ полной опредѣленностью.

Нѣсколько иначе смотритъ на взаимоотношенія между правомъ и государствомъ другая группа ученыхъ съ *Гирке* и *Прейсомъ* во главѣ. Здѣсь государственная власть также конструируется, какъ нѣчно независимое отъ права, но право не разсматривается какъ продуктъ государственной власти. Право понимается, какъ само-

---

1) Ibid. стр. 268.

2) Ibid. стр. 269 (Ср. «Gesetz und Verordnung». S. 196).

3) Ibid. стр. 271. Говоря объ Еллинекѣ, надо вообще замѣтить, что его эклектическій умъ боится всякой через-чуръ опредѣленной мысли. Поэтому, высказавъ положеніе, Еллинекъ сейчасъ же полууничтожаетъ его силу разными пояснительными замѣчаніями. Наряду съ положеніями о томъ, что государство создаетъ свое право, что права независимаго отъ государства не существуетъ—наряду съ категорическимъ протестомъ противъ идеи надгосударственнаго правопорядка, какъ чего-то невозможнаго и абсурднаго по своему существу (Общее ученіе стр. 122), Еллинекъ создаетъ теорію самообязыванія государства своимъ правомъ, согласно которой государство, установляя юридическія нормы, само себя связываетъ добровольно или на подобіе того, какъ связываетъ нравственное чувство человѣка, пока нормы не отмѣнены въ *законномъ* порядкѣ. (Впервые эта теорія развита Еллинекомъ въ его сочиненіи «Die rechtliche Natur der Staatsverträge. Wien 1880). Привести мысли Еллинека въ одну схему тѣмъ труднѣе, что въ разныхъ сочиненіяхъ онъ совершенно различно освѣщалъ одни и тѣ же проблемы. Во всякомъ случаѣ даже въ изложеніи теоріи самообязыванія государства въ «Общемъ ученіи о государствѣ» (сочиненіи, гдѣ Еллинекъ наиболѣе выдвигаетъ на первый планъ идею права) выступаетъ представленіе объ изначальной и могучей государственной власти, отъ которой зависитъ всякое право.

стоятельная сила, стоящая *рядомъ* съ государственной властью. Возьмемъ ученіе Гирке. *Гирке* видитъ специфичность государства, какъ общественнаго союза, въ *силѣ*, которая не ограничена сверху никакой другой подобной силой и въ своей сферѣ превосходитъ всѣ другія подобныя силы, которая является поэтому высшей силой [1]). А «отношеніе права къ государству состоитъ въ томъ, что какъ право безъ государства, такъ и государство безъ права не могли бы ничего сдѣлать» [2]), «чтобы получить внутреннюю силу для осуществленія своей культурной миссіи, государство нуждается въ поддержкѣ правосознанія. Если его будутъ чувствовать лишь, какъ дѣйствующую силу, которая требуетъ повиновенія только потому, что имѣетъ принудительную власть, то вся политическая жизнь выродится въ деспотизмъ. И потому здоровое государство стремится свою силу основать на правѣ. Съ другой стороны, право нуждается въ соотвѣтственной поддержкѣ государства, чтобы достичь своей цѣли—упорядоченнаго человѣческаго общежитія» [3]).

Не смотря на поддержку *теоріи дуализма* власти государства и права, *Гирке* въ тоже время, весьма сближаетъ понятія права и государства... «Государство и право—говоритъ онъ—для насъ немыслимы одно безъ другого, ни одно не существуетъ раньше другого или посредствомъ другого»... [4]) Эту мысль развиваетъ и Прейсъ, кладущій въ основаніе своихъ разсужденій о взаимоотношеніяхъ права и государства отрицаніе какой-то особенной, изначальной государственной власти и энергично подчеркивающій, что эта власть, какъ и всякая другая, есть власть правовая [5]).

Съ этой точки зрѣнія онъ очень удачно критикуетъ Лабанда, Еллинека и другихъ ихъ единомышленниковъ.

---

[1]) *Gierke* «Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien». (Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. 1874. B. XXX. S. 304).

[2]) Ibid. S. 310.

[3]) Ibid. S. 312.

[4]) Ibid. S. 179.

[5]) *Preuss* «Gemeinde, Staat, Reich, als Gebietskörperschaften». Berlin 1889, S. 180—189; 213—214.

Однако, признавая исключительно правовой ту связь, какая существуетъ между государствомъ, какъ цѣлымъ, и его отдѣльными частями, онъ все-таки мыслитъ государственную организацію и право, какъ двѣ различныя вещи; государство и государственная организація, съ его точки зрѣнія, не создаются правомъ. Право и государство лишь «близнецы, рожденные одновременно въ періодъ возникновенія человѣческаго рода» [1]). Дуализмъ у Прейса сохраненъ, хотя и близокъ къ уничтоженію.

Мы привели наиболѣе типическіе и замѣтные образцы изложенія господствующей доктрины. Но такихъ образцовъ можно было бы найти сколько угодно. За малыми исключеніями [2]) вся нѣмецкая литература проникнута указаннымъ представленіемъ объ изначальности и самостоятельности государственной власти. По слѣдамъ нѣмецкихъ авторовъ покорно шествуютъ писатели и другихъ странъ, въ частности наши русскіе. Но излагать взгляды болѣе или менѣе правовѣрныхъ сторонниковъ господствующаго ученія нѣтъ смысла. Суть ихъ всегда одна и та же. О чемъ хочется еще упомянуть здѣсь, это объ ученіи талантливаго французскаго ученаго *Леона Дюги*. Онъ также раздѣляетъ взглядъ о самостоятельности и изначальности государственной власти, но ученіе его все-таки въ достаточной степени оригинально и заслуживаетъ быть отмѣчено особо.

Доктрина Дюги—доктрина дуалистическаго *параллелизма* права и государственной власти. Для Дюги государство—*фактическое матеріальное господство* сильныхъ надъ слабыми Это господство гармонируетъ съ правомъ лишь въ томъ случаѣ, если сильные осуществляютъ свое господство сообразно требованіямъ правовой нормы [3]).

---

[1]) Ibit. S. 205.

[2]) Такими исключеніями являются ученія *Аффольтера* и голландскаго ученаго *Краббе*, согласно ученію которыхъ всякая власть въ правовомъ государствѣ базируется на правѣ и нѣтъ никакой первоначальной и самостоятельной государственной власти. (См. ниже). Точно такую же позицію, оппозиціонную господствующей доктринѣ, занимаетъ Англо-американская наука (См. ниже).

[3]) *L. Duguit*, «L'Etat, le droit objectif et la loi positive». Paris 1903. Стр. 15 слѣд.

Изъ вышесказаннаго слѣдуетъ, что для Гирке, Прейсса, Дюги и ихъ сторонниковъ возникаетъ вопросъ, который могъ не безпокоить Лабанда, вопросъ о томъ—что же такое право, стоящее рядомъ съ государственной властью? Съ точки зрѣнія школы Лабанда этотъ вопросъ разрѣшался очень просто: правовыя нормы — нормы признанныя и защищенныя государственной властью. Это такъ ясно, если признать пріоритетъ государства. Но если поставить право *рядомъ* съ государственной властью, то вопросъ разрѣшается не столь просто. Однако государственнаго авторитета тутъ будетъ мало, да ни Гирке ни Дюги и не думаютъ объ основаніи права на государственномъ авторитетѣ.

«Государство,—пишетъ наоборотъ Гирке,—не является ни первоначальнымъ источникомъ права, ни единственнымъ органомъ его образованія. Послѣднимъ источникомъ всякаго права является общее убѣжденіе какой-либо соціальной организаціи» [1]). Обще убѣжденіе, что данная норма есть правовая, является, по Гирке, конечнымъ основаніемъ права [2]). И это право, выросшее изъ нѣдръ народнаго правосознанія, и противопоставляетъ Гирке государству, какъ нѣчто равное по происхожденію (ebenbürtig) [3]).

Съ своей стороны, Дюги, горячо протестуя противъ ученія о «государственномъ» происхожденіи и обоснованіи права, основываетъ право на идеѣ «солидарности». Человѣкъ существо по необходимости общежительное; всякое же общежитіе для своего существованія требуетъ, чтобы члены его поступали такъ, чтобы это общежитіе нормально функціонировало и развивалось или, какъ говоритъ *Дюги*, поступали согласно требованіямъ *общественной солидарности*. Нормы,

---

[1]) *Gierke*, op cit S. 310.

[2]) Надо добавить здѣсь весьма важное замѣчаніе. Эта мысль Гирке о самостоятельной силѣ правовыхъ нормъ, разработанная и доказанная новѣйшими изслѣдователями проблемы во всей полнотѣ, пріобрѣтаетъ нынѣ все большее признаніе даже среди сторонниковъ господствующей доктрины. *Еллинекъ* и тотъ, какъ мы указывали выше, до извѣстной степени признаетъ эту идею. Мы лично, въ *общемъ* присоединяемся къ этой мысли (см. ниже).

[3]) Мысли Preuss'a, въ общемъ аналогичны взглядамъ *Гирке*.

устанавливающія правила поведенія людей, согласно съ этими требованіями, и есть *правовыя нормы*. Свое основаніе онѣ, стало быть, почерпаютъ не въ какомъ либо внѣшнемъ авторитетѣ. а непосредственно основываются на фактѣ существованія общежитія. Властвующіе въ государствѣ могутъ не считаться съ нормами солидарности, но, какъ было указано выше, лишь въ томъ случаѣ, если они считаются, власть ихъ будетъ гармонировать съ правомъ. Съ другой стороны, если даже властвующіе будутъ дѣйствовать вопреки права, существованіе правовыхъ нормъ, вытекающихъ изъ общественной солидарности, не будетъ поколеблено [1]).

Вотъ—остовъ ученія Дюги. Разумѣется его «право, основанное на солидарности», *не то дѣйствующее* право, какое мы имѣемъ передъ собою въ кодексахъ, законахъ и обычаяхъ. Дюги говоритъ о «правѣ, основанномъ на солидарности», *какъ о чемъ-то существующемъ*, между тѣмъ ему надо было бы говорить, какъ о томъ, что *должно* было бы существовать. Но дѣло въ данномъ случаѣ не въ этомъ. Мы излагали взгляды Дюги, съ цѣлью показать, на чемъ онъ обосновываетъ право, отвергнувъ государственное происхожденіе его и стоя на дуалистической точкѣ зрѣнія.

## II.

Вотъ чисто *внѣшнее* изложеніе господствующей доктрины. Какъ можно убѣдиться подвергнувъ ученіе нѣкоторому анализу, оно базируется на представленіи государства, какъ извѣстнаго цѣлаго, которому и принадлежитъ государственная власть—изначальная, своеобразная сила, не имѣющая себѣ *равной*. Цѣлое, въ связи съ этимъ, снабжено *особой волей* и можетъ проявлять *эту волю* и свою власть *во внѣ*, (т. е. дѣйствовать). Только доктрина Дюги не заключаетъ въ себѣ представленія о государствѣ, какъ своеобразной, волящей и дѣйствующей личности. Поэтому та часть нашей статьи, гдѣ мы будемъ говорить о такомъ представленіи,

---

1) *Duguit*, op. cit. chap. 1 et 2, стр. 23—137.

доктрины Дюги не касается. (Но этой доктрины касаются, опровергая ее, наши выводы относительно *существа* государственной власти).

Итакъ, государство есть самостоятельное цѣлое — волящее, дѣйствующее, господствующее. Откуда родилось такое представленіе о государствѣ? Было ли оно всегда свойственно наукѣ, являясь чѣмъ-то естественнымъ, понятнымъ само по себѣ? На эти оба вопроса можно отвѣтить, обратясь къ исторіи вопроса.

Начнемъ съ греческой древности того времени, когда развилась и расцвѣла «политика». Здѣсь мы сразу убѣждаемся, что представленіе о государствѣ, какъ о волящемъ и дѣйствующемъ единствѣ, было *совершенно чуждо* государственно-правовой наукѣ того времени. На этомъ сходятся, можно сказать, всѣ изслѣдователи вопроса. «Греческій духъ не могъ найти мысли о личности государства», утверждаетъ Гирке [1]). «У грековъ не было воззрѣнія на государство, какъ на самостоятельнаго носителя, субъекта властвованія», пишетъ *Н. И. Паліенко*. «Они смотрятъ на государство, какъ на *совокупность гражданъ*, и соотвѣтственно съ этимъ называютъ то или другое государство такими терминами, какъ «Аѳиняне», «Лакедемоняне» [2]). «Государство понималось греками не какъ единая личность, а какъ отношеніе взаимной зависимости множества свободныхъ личностей» [3]), говоритъ *Н. М. Коркуновъ* и т. д., и т. д.

Знакомясь съ основаніями соціальнаго міропониманія грековъ, легко понять причины отсутствія у нихъ представленія о личности государства. Греческія государства *той эпохи* [4]) греческой исторіи, когда расцвѣла

[1]) *Gierke*, «Die Staats und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland» (Dritter Band «des deutschen Genossenschaftsrechts). Berlin 1881, стр. 12. Въ дальнѣйшемъ изложеніи, всюду, гдѣ я ссылаюсь на Гирке безъ особаго указанія на опредѣленный трудъ его, я ссылаюсь именно на это сочиненіе маститаго ученаго.

[2]) *Н. И. Паліенко*, «Суверенитетъ». Ярославль 1903, стр. 11—12.

[3]) *Н. М. Коркуновъ*, «Указъ и законъ». Спб. 1894, стр. 60.

[4]) Мы говоримъ «той эпохи», такъ какъ вполнѣ согласны съ Rehm'омъ (Allgemeine Staatslehre, Freiburg, 1899, стр. 207), что «въ древности, какъ и въ новое время, государственныя идеи и государственные принципы часто мѣнялись... Необходимо помнить, что и въ греческой и въ римской исторіи мы должны отличать первобытную эпоху, средніе вѣка, новое время и дѣлать соотвѣтственныя различія въ представленіи о существѣ государства».

греческая наука—въ частности наука политическая—были опредѣленно *правовыми государствами*. Принципъ *главенства закона* хорошо понимался и въ общемъ безукоризненно функціонировалъ въ эту эпоху. Именно греки, какъ правильно отмѣчаетъ *Гирке*, выработали и передали потомству представленіе о «государствѣ, въ которомъ властвуютъ законы. «Они украсили законъ всѣми аттрибутами владычества, подняли его какъ надъ правителемъ (Herrsher), такъ и надъ народомъ въ его цѣломъ» [1]). Принципъ законности былъ даже до извѣстной степени выше человѣческаго усмотрѣнія. «Эллинское народное міропониманіе видѣло основаніе всѣхъ человѣческихъ законовъ въ божественныхъ, неписанныхъ... законахъ, и ничто не было такъ чуждо этому міропониманію, какъ представленіе, будто творцомъ права является человѣческая воля» [2]).

И, вотъ, въ зависимости отъ этого, въ зависимости отъ мысли, что государствомъ управляютъ *законы*. и не развилось у грековъ представленіе о личности государства. Управляютъ законы. На основаніи законовъ, на основаніи закона и безличнаго разума, а не чьей-либо конкретной воли, складываются взаимоотношенія между членами государственнаго общежитія. На основаніи ихъ течетъ вся государственная жизнь. Всякое субъективное право является вмѣстѣ съ тѣмъ и *обязанностью*, вытекающей изъ объективнаго правопорядка [3]). Историческимъ, естественнымъ путемъ возникло опредѣленное государственное общежитіе, обособилось, какъ самостоятельное и самодовлѣющее цѣлое, въ ряду другихъ общежитій. Но по своей внутренней структурѣ оно не является единствомъ; оно есть *множество,—множество, созданное естественнымъ ходомъ историческаго процесса и организованное законами*. Если разобраться въ правовомъ пониманіи древними государства, то придется признать, что для нихъ государство представлялось, какъ совокупность правоотношеній между различ-

---

[1]) *Gierke*, ук. соч. стр. 12. Ср. *Hildebrand*, «Geschichte und System der Rechts-und Staatsphilosophie». B. I. Leipzig 1860, стр. 28 и слѣд.
[2]) Ibid. стр. 9. Ср. *Hildebrand*, стр. 29 и слѣд.
[3]) Ср. *Gierke*, ук. соч. стр. 8.

ными властями и населеніями; *эта совокупность основывалась и объединялась въ единомъ объективномъ правѣ, господствовавшимъ въ опредѣленномъ общежитіи.* Въ силу этого, вполнѣ справедливо отмѣчаетъ *Бернацикъ*—«законодательная, исполнительная и судебныя власти были для нихъ... тремя «частями» государства. Это—части государственнаго порядка и потому самого государства, въ то время, какъ *мы* (т. е. сторонники господствующаго ученія современности, П. П.) можемъ видѣть въ нихъ лишь функціи неизмѣнной правовой личности государства [1]).

Данныя общія замѣчанія позволимъ себѣ сдѣлать конкретнѣе краткимъ анализомъ взглядовъ Платона и въ особенности Аристотеля—этого знаменитѣйшаго политика цѣлыхъ тысячелѣтій. Что касается Платона, то мысль о верховенствѣ законовъ, нашла у него, какъ это было еще отмѣчено Руссо въ его «разсужденіи о причинахъ неравенства», вполнѣ ясное и законченное выраженіе. Если государственный механизмъ функціонируетъ нормально, правитель является тѣмъ, кто *болѣе всѣхъ* повинуется законамъ [2]). Властвованіе является первой обязанностью. Въ государственномъ общежитіи реализуются *отношенія взаимной зависимости и связанности, вытекающія изъ права.* Право должно быть таково, чтобы эта взаимная зависимость и связанность расли все болѣе и болѣе. Къ изысканію средствъ для этого и направлены всѣ Платоновскія идеальныя построенія государственнаго устройства. И все-таки у него отсутствуетъ понятіе о самостоятельной личности государства въ духѣ современнаго ученія—личности, противополагающейся входящимъ въ составъ государства индивидамъ и союзамъ, какъ нѣчто самостоятельное. Его государство «—конкретная цѣлостность всего, что имѣется внутри государства... оно понимается, какъ сдѣлавшаяся единствомъ множественность, а не какъ единство, живущее во множествѣ и противостоящее послѣднему въ качествѣ самостоятельной личности» [3]).

---

[1]) *Bernatzik*, «Republik und Monarchie». Freiburg 1892, стр. 8.
[2]) См. *Чичеринъ* «Исторія политическихъ ученій» ч. I, стр. 46 и слѣд.
[3]) *Gierke*, ук. соч. стр. 15.

Отношеніе государства къ индивидамъ, по мнѣнію Платона, вполнѣ идентично отношенію человѣка къ одной изъ частей его организма. Государство не можетъ разсматриваться, какъ самостоятельная независимая личность въ отношеніи живущихъ въ немъ, такъ же, какъ не можетъ разсматриваться самостоятельной и независимой личностью человѣкъ по отношенію своей головы или желудка, частей, изъ которыхъ слагается самъ человѣкъ [1]).

Но Платонъ—идеалистъ, обращавшій мало вниманія на анализъ существующаго, проповѣдывавшій, что «философъ, т. е. мудрый человѣкъ, долженъ принимать участіе только въ идеальномъ государствѣ, ибо въ реальномъ, несовершенномъ государствѣ пребываетъ только тѣло, а не духъ [2]). Гораздо рельефнѣе греческое міровоззрѣніе данной эпохи эллинской исторіи выразилось въ ученіи Аристотеля, главнымъ образомъ, въ его знаменитой «Политикѣ». Аристотель прямо заявляетъ, что «*по своей природѣ государство представляется своего рода множествомъ*» [3]). Оно—«*продуктъ естественнаго развитія*» [4]). Эту свою мысль Аристотель поясняетъ очень знаменательнымъ образомъ. Онъ пишетъ. «Человѣкъ, нашедшій свое завершеніе въ государствѣ, совершеннѣйшее изъ твореній и, наоборотъ, *человѣкъ, живущій внѣ закона и права* (курсивъ нашъ) занимаетъ жалчайшее мѣсто въ мірѣ, ибо опирающееся на вооруженную силу безправіе—тяжелѣе всего. Понятіе справедливости связано съ представленіемъ о государствѣ, такъ какъ право, служащее критеріемъ справедливости, является регулирующей нормой политическаго общенія» [5]). Изъ этихъ словъ очевидно, что Аристотель настолько сжился съ мыслью о правѣ, какъ основаніи государ-

---

1) См. *Чичеринъ* стр. 44 слѣд. Ср. *Гирке* стр. 15—16.

2) См. *Еллинекъ*, «Общее ученіе о государствѣ» стр. 214, примѣчаніе.

3) «Политика» въ переводѣ С. А. Жебелева. Москва 1911 г. стр. 39, (книга II, 1,4).

4) Ibid. стр. 7 (кн. I, 1,9).

5) Ibid. стр. 8—9 (кн. I, 1,12). Туже самую мысль Аристотель высказываетъ и въ V-ой книгѣ «Этики». См. ст. С. А. Жебелева, приложенную къ его переводу «Политики», «Греческая политическая литература и «политика» Аристотеля» стр. 448—449.

ственнаго бытія, что для него является синонимомъ «жизнь внѣ государства» и «жизнь внѣ закона и права». Идеи Аристотеля выступаютъ особенно ярко въ его изложеніи центральной части политики, въ изложеніи ученія о нормальныхъ и отклоняющихся отъ нормальныхъ формахъ государственнаго устройства. Формы эти Аристотель различаетъ, какъ извѣстно, въ зависимости отъ того, *кто является носителемъ верховной власти.* Согласно современной господствующей доктрины отвѣтъ можетъ быть одинъ—само государство. Аристотель однако отвѣчаетъ не такъ; онъ даже не предвидитъ возможности такого отвѣта. «Въ демократическихъ государствахъ верховная власть—*въ рукахъ народа*, въ олигархіяхъ, напротивъ,—*въ рукахъ немногихъ*» [1]). Въ силу своей власти, основанной на нормахъ закона, властители властвуютъ надъ всѣми остальными. Вотъ—мысль Аристотеля. Одни властвуютъ надъ другими на основаніи правопорядка. Для философа сама «наличность *нѣсколькихъ* формъ государственнаго строя объясняется множественностью отдѣльныхъ элементовъ, изъ которыхъ слагается всякое государство. Прежде всего, мы видимъ, что всѣ государства состоятъ изъ семей, затѣмъ изъ этой массы семей, однѣ семьи, конечно, бываютъ зажиточныя, другія—бѣдныя, третьи обладаютъ среднимъ достаткомъ. Къ отличіямъ, обусловливаемымъ богатствомъ, присоединяются еще отличія по происхожденію, по добродѣтели, а также по инымъ, подобнаго рода преимуществамъ. Ясна, такимъ образомъ, неизбѣжность существованія нѣсколькихъ формъ государственнаго строя, по характеру своему отличающихся одна отъ другой, такъ какъ и указанныя нами составныя части государствъ по характеру отличающихся между собою. Неизбѣжно получается столько же формъ государственнаго строя, сколько имѣется способовъ управленія, въ зависимости отъ превосходства и отличительныхъ свойствъ, присущихъ составнымъ частямъ государства» [2]). Все это разсужденіе замыкается кате-

---

[1]) Ibid. стр. 109 (кн. III, 4,1).
[2]) Ibid. стр. 154—155 (IV, 31-3).

горическимъ заявленіемъ, что «государство, какъ на это неоднократно указывалось, состоитъ не изъ одной, а изъ многихъ составныхъ частей» [1]). *Одна изъ этихъ частей получаетъ—въ силу правопорядка—верховную власть въ государствѣ и вотъ откуда—различія въ формахъ государственнаго устройства* [2]). Такимъ образомъ, такого представленія о государствѣ—личности,—какое свойственно современной господствующей школѣ, нѣтъ у Аристотеля. Въ связи съ этимъ законодательная, исполнительная и судебныя власти являются не функціями одной и той же государственной власти, а элементами, частями государственнаго порядка [3]).

Та мысль о главенствѣ закона, т. е. объективнаго права,—какую мы подчеркивали, излагая греческое міровоззрѣніе о государствѣ, является типической и для римской юридической мысли эпохи республики, послѣ уравненія въ правахъ патриціевъ и плебеевъ. Римское правовое міровоззрѣніе вылилось однако не въ теоретическихъ сочиненіяхъ фулософовъ, но въ практическомъ дѣйствующемъ правѣ и въ комментаріяхъ къ нему. Что же даютъ эти источники для нашей проблемы?

Въ эту эпоху «Римскій народъ—пишетъ Гирке какъ носитель суверенной, единой и недѣлимой общей воли не имѣетъ рядомъ съ собою никакого другого самостоятельнаго носителя общественной волевой силы. Но, конечно, для стараго римскаго воззрѣнія суверенитетъ римскаго народа ни въ коемъ случаѣ не значилъ правовой неограниченности. Напротивъ того, государственное право въ его цѣломъ представляется какъ связывающая и populus совокупность правовыхъ нормъ относительно формъ, въ которыхъ народъ или самъ или черезъ посредство своихъ представителей приводитъ въ

---

1) Ibid. стр. 159 (IV, 3,11).

2) Понятіе о верховной власти, принадлежащей народу ли, аристократіи ли, нисколько не колеблетъ вышеустановленнаго принципа верховнаго закона. Вѣдь законы должны же быть составлены либо въ олигархическомъ либо въ демократическомъ духѣ. Такова мысль Аристотеля. «Политика» III, 6. (Переводъ Жебелева, стр. 119 слѣд. особенно 120).

3) «Политика» IV, 11,1. Ср. Bernatzik, ук. соч. стр. 8. Въ переводѣ Жебелева—намъ кажется—это мѣсто политики нѣсколько модернизировано съ точки зрѣнія терминологіи.

дѣйствіе государственную власть» [1]). Поэтому и рѣшенія народа, въ случаѣ несогласія съ существующимъ правопорядкомъ, были ничтожными [2]). «Въ концѣ концовъ, — замѣчаетъ по этому поводу Гирке — формальное всесиліе законодателя внѣшне способно къ преодолѣнію всякаго правового ограниченія. Однако врядъ ли Римляне... ясно понимали это. Во всякомъ случаѣ существовало и дѣйствовало убѣжденіе, что матеріально и воля народа связана правовыми и конституціонными ограниченіями, почему при нарушеніи ихъ она дѣйствуетъ противно праву» [3]).

Итакъ, законъ — объективный правопорядокъ надъ всѣмъ. Въ предѣлахъ этого правопорядка и согласно ему высшая, суверенная власть принадлежала, какъ мы указывали уже, римскому народу. Populus romanus былъ сувереномъ. Первоначально «подъ понятіемъ римскаго народа разумѣлась собранная во едино или мыслимая собранной во едино совокупность римскихъ гражданъ... Всюду встрѣчаются въ римскомъ правѣ слѣды воззрѣнія, въ силу котораго «civitas» является суммою «civis» [4]). Однако очень скоро эта примитивная государственная концепція, въ которой единство цѣлаго не ясно отличалось отъ его множественности, была преодолѣна. На смѣну ей выступила новая концепція, являющаяся наиболѣе характерной для римскаго республиканскаго права. Римскій народъ, какъ цѣлое, отдѣляется отъ простой суммы составляющихъ его индивидовъ. Субъектомъ государственной силы является уже не сумма гражданъ, а народъ въ его, *организованномъ правомъ*, единствѣ Это организованное правовое единство можетъ дѣйствовать различными путями, можетъ проявлять свою правовую власть черезъ различныя учрежденія (въ силу усложненія системы комицій, допустившей наряду съ первоначальными куріатскими комиціями еще комиціи

---

[1]) *Gierke*, ук. соч. стр. 50. Ср. *Еллинекъ*, «Общее уч. о госуд.» стр. 231.
[2]) См. также напр. *Mommsen* «Römisches Staatsrecht» т. I стр. 97, 187, 270 слѣд., 452 и 615 слѣд.
[3]) *Gierke*, стр. 50 прим. 48-ое.
[4]) *Gierke*, стр. 43. Ср. *Jhering* «Geist des römisches Rechts» т. I 1852 г стр. 193 слѣд.

другихъ родовъ, одинаково съ куріатскими служившія для изъявленія народной воли) [1]. Дальше этого римское правосознаніе не пошло. Оно ограничилось представленіемъ, что субъектомъ государственной власти является народъ, организованный въ комиціяхъ. Конструкцій государства, какъ цѣлаго, въ качествѣ субъекта правъ—въ римскомъ правѣ не имѣется. «Мысль, что государство въ его цѣломъ является живымъ организмомъ, для субъективнаго единства котораго народныя собранія образуютъ лишь высшій органъ, не проступаетъ въ римскомъ правѣ»—пишетъ Гирке, [2] являющійся, какъ мы указали, сторонникомъ господствующаго нынѣ ученія. Суверенная власть принадлежитъ *народу*, и онъ осуществляетъ ее, въ рамкахъ закона, или непосредственно или черезъ своихъ представителей—вотъ въ сжатой формулировкѣ центральная идея римскаго республиканскаго правосознанія [3]. Такимъ представителемъ былъ сначала *princeps*. Но съ теченіемъ времени власть принцепса возрасла. Постепенно она поглотила и фактически уничтожила всякую другую власть, которая могла бы конкурировать съ нею. Это фактическое—всѣмъ извѣстное—измѣненіе порядка вещей повліяло и на юридическую конструкцію государственной власти. Теперь это—не воля народа организованнаго въ комиціяхъ. Теперь это—*воля принцепса*. Императоръ конструируется юридически, какъ обладатель всей полноты власти. Онъ олицетворяетъ въ себѣ государственную

---

1) *Gierke*, стр. 44—45. *Коркуновъ* ук. соч. стр. 65 слѣд., пользуясь, какъ и мы при изложеніи правовыхъ взглядовъ римлянъ на государства, главнымъ образомъ, трудомъ Gierke, очень неточно излагаетъ мысль Гирке.

2) *Gierke* стр. 48.

3) О томъ, какъ римское правосознаніе отразилась на взглядахъ—самаго виднаго, несмотря на весь его эклектизмъ, римскаго теоретика государствовѣда—Цицерона (на котораго впрочемъ очень сильно вліяли также ученія греческихъ философовъ) см. напр., *Коркуновъ* ук. соч. стр. 60—64. *Gierke* (ук. соч. стр. 22, слѣд.) пишетъ, между прочимъ, о Цицеронѣ, сравнивая его съ греческими философами: «Для него единство государства заключается въ совокупности (Gemeinschaft) его членовъ; неоднократно объявляетъ онъ, что государство есть «societas», «coetus hominum congretus», объединенное «multitudo». Цицеронъ не доходитъ до мысли о личности государства. Конечно, онъ не могъ совершенно избѣжать вліянія на свое философское ученіе о государствѣ выработаннаго римскимъ правосознаніемъ, вполнѣ опредѣленнаго, понятія о субъектѣ правъ, но ему мѣшало извлечь надлежащую пользу для своей философіи изъ этого понятія вліяніе греческихъ образцовъ.

власть. Онъ соединяетъ въ своемъ лицѣ и законодательную и правительственную власть и даже не является связаннымъ, какъ были связаны народныя комиціи, опредѣленными формами въ осуществленіи своихъ правомочій. Торжественно провозглашаются знаменитыя формулы, называемыя Гирке роковыми: «quod principii placuit—legis habet vigorem» – и «princeps legibus solutus est». При такой конструкціи власти принцепса все государственное право римской имперіи должно было превратиться, какъ правильно замѣчаетъ Гирке, въ совокупность правилъ, касающихся порядка управленія [1]).

Для пониманія государства въ его цѣломъ, какъ дѣйствующей и волящей личности, не было здѣсь никакихъ основаній.

## III.

Отъ античной древности перейдемъ съ средневѣковой. Церковное христіанское ученіе—одинъ изъ могущественнѣйшихъ факторовъ, подъ вліяніемъ которыхъ создалось средневѣковое міровоззрѣніе—долгое время лишь способствовало развитію и укрѣпленію абсолютической концепціи императорской власти. Дѣятели первыхъ вѣковъ христіанства мало интересовались проблемами свѣтской власти, но уже сама концепція церковной организаціи, принимавшаяся ими, была проникнута духомъ абсолютизма. Въ данномъ случаѣ очень отчетливо формулируетъ позицію церковниковъ *Н. М. Коркуновъ*... Церковь,—пишетъ онъ, излагая мысли церковныхъ теоретиковъ,—не возникаетъ сама собой, какъ необходимый результатъ естественныхъ условій человѣческой жизни; церковное единеніе людей не создается постепеннымъ развитіемъ общественной жизни, а дается свыше, привносится извнѣ, какъ даръ Божественной благодати. Церковь установлена Спасителемъ и образуетъ собою, по словамъ апостола Павла, единое тѣло Христово, въ которомъ дѣйствуетъ и живетъ духъ Господень. Такимъ образомъ въ христіанскомъ ученіи о

---

[1]) Ук. соч. стр. 52.

церкви уже прямо было выставлено понятіе объ обществѣ, не само собой возникающемъ въ силу естественныхъ условій, а установляемомъ волею Божьею... Построить ученіе о государствѣ по аналогіи съ ученіемъ о церкви значило представить государство, какъ единое цѣлое, движимое и управляемое единою же волею, притомъ высшею волею, которой принадлежитъ безусловное господство надъ государствомъ» [1]). Монархическая власть получаетъ, такимъ образомъ, теперь свое новое оправданіе и обоснованіе—*божественную волю.* И вполнѣ правъ Гирке, замѣчая, что «теоретическая доктрина достагила абсолютной монархической власти, замыкающей античное время, и новый титулъ и расширенный кругъ дѣятельности, оставивъ въ полной неприкосновенности ея собственное, внутреннее существо» [2])

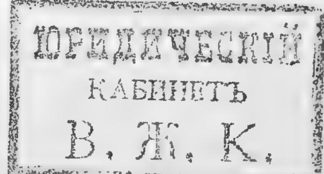
Но первыя столѣтія средневѣковья вообще не благопріятствовали возникновенію какой-либо опредѣленной правовой теоріи о существѣ государства и государственной власти. Средневѣковая исторія началась разрушеніемъ античнаго государственнаго порядка, мѣсто котораго заняли весьма неустойчивыя и элементарныя государственныя образованія [3]). Какъ образованія, возникавшія непосредственно изъ завоеванія, они нуждались въ энергичной центральной власти. Больше того, безъ наличности такой власти, объединенной въ рукахъ *одного* лица, германскія государства, какъ правильно замѣчаетъ Еллинекъ, были бы раздроблены на политически безсильные кантоны [4]). Они совершенно не возникли бы. Однако и указанная власть не спасала большую часть такихъ образованій отъ быстрой деформаціи и деградаціи. Мощныя децентрализующія силы жили и дѣйствовали въ средневѣковыхъ государственныхъ образованіяхъ. Здѣсь не мѣсто, конечно, излагать историческія причины, породившія феодализмъ и вольности средневѣковыхъ городовъ, порядокъ, въ силу котораго

[1]) *Коркуновъ*, ук. соч. стр. 68—69.

[2]) *Gierke*, стр. 128.

[3]) Мы оставляемъ въ сторонѣ Восточную римскую имперію, государственный строй которой все болѣе и болѣе проникался чертами деспотіи.

[4]) *Еллинекъ*, «Общее уч. о госуд.» стр. 234.



центральная власть порою являлась простымъ наименованіемъ, лишеннымъ политическаго значенія. Мы можемъ здѣсь просто констатировать, какъ фактъ, систему политической децентрализаціи, господствовавшую въ теченіе среднихъ вѣковъ. Рядомъ съ королевской властью дѣйствуетъ и эволюціонируетъ власть сеньеровъ и власть городскихъ,—а въ первое время,— и сельскихъ общинъ. Рядомъ съ королевскимъ правомъ—волей короля— живетъ и примѣняется «народное» обычное право. И. вотъ этотъ, фактически доказывавшій на каждомъ шагу свое существованіе и силу, дуализмъ правъ и властей [1]) порождаетъ своеобразную *дуалистическую* же конструкцію государства и государственной власти.

Чтобы оцѣнить надлежащимъ образомъ этотъ дуализмъ, необходимо прежде всего отмѣтить, что средневѣковое мышленіе, конструируя понятіе общества исходило *изъ органическаго пониманія* общества. Механическое, атомистическое пониманіе, какъ доказываетъ Гирке, было средневѣковому мышленію абсолютно чуждо [2]). Общество не простой механическій

[1]) Собственно говоря, и понятіе дуализма—понятіе достаточно условное въ данномъ случаѣ. Только правопорядокъ франкской монархіи даетъ картину дуализма правъ и властей, болѣе или менѣе ясно выраженнаго. Позднѣе же съ развитіемъ феодальной системы, съ усиленіемъ процесса распыленія власти на континентѣ Европы приходится говорить скорѣе о *множественности* правъ и властей, нежели о дуализмѣ ихъ. Въ эпоху развитія феодальной системы на континентѣ Европы (въ Англіи въ силу особыхъ историческихъ условій дуалистическая идея сохранилась и въ жизни) существовали рядомъ и могли конкурировать другъ съ другомъ въ одномъ и томъ же государствѣ кромѣ разныхъ правопорядковъ различныхъ племенъ (племенныя различія правъ наблюдались и въ эпоху франкской монархіи) еще различныя правопорядки отдѣльныхъ сословій, отдѣльныхъ территорій и т. д. Было столько правопорядковъ, сколько судилищъ болѣе или менѣе независимыхъ, а послѣднихъ было очень много. Однако въ литературномъ теоретическомъ освѣщеніи господствовало дуалистическое противопоставленіе народнаго права и народной власти, власти и праву королевскому, кмкъ это блестяще вскрываетъ Гирке (см. ниже). О положеніи дѣлъ въ данномъ отношеніи въ франкской монархіи см. напр., превосходное изложеніе *Бруннера* «Deutsche Rechtsgeschichte» Erste Band. 2-е изд. 1906 г. Leipzig, стр. 376 слѣд., особен. стр. 405—412, § 37. О дальнѣйшемъ распыленіи правъ и властей см. напр., того же *Бруннера* «Grundzüge des Deutschen Rechtsgeschichte». Leipzig, 1910 г. 4-ое изд. стр. 99—103 (§ 26).

[2]) *Gierke*, ук. соч. стр. 546 слѣд. Религіозное вліяніе въ данномъ случаѣ было весьма велико. Оно заставляло видѣть во всемъ мірѣ, какъ и въ каждой обособленной части его, въ каждомъ общежитіи и въ каждомъ индивидѣ, самостоятельную цѣнность. Все вышло изъ рукъ Творца, все создано имъ по особому плану и ради выполненія опредѣленныхъ задачъ.

агломератъ опредѣленнаго числа индивидовъ, не простая сумма ихъ; нѣтъ—оно дѣятельный живой организмъ, имѣющій *свои* собственныя цѣли и *свою* собственную структуру. Прежде всего такимъ цѣлостнымъ организмомъ понимается человѣчество. Оно образуетъ особое мистическое тѣло — церковь, главою которой является самъ Христосъ [1]). Отсюда пронизывающее все средневѣковье стремленіе ко всемірной монархіи, которая объединила бы данное мистическое тѣло и политически. Но отсюда же тенденція конструировать и отдѣльныя церкви и отдѣльныя государственныя образованія также цѣлостными организмами [2]).

Кажется, подобное органическое міропониманіе, вполнѣ гармонически сочетавшееся со всей идеологіей средневѣковья, должно бы было способствовать возникновенію представленія о государствѣ, какъ единой волящей и дѣйствующей личности. И однако, какъ мы уже сказали, такого представленія не возникло, *потому что политическая дѣйствительность не давала мѣста такому представленію.* Органическое міропониманіе на первый взглядъ нѣсколько своеобразно сочеталось съ дуалистической конструкціей государства. «Rex и regnum разсматриваются, какъ два строго отличныхъ одинъ отъ другого субъекта правъ, ни одинъ изъ коихъ не желаетъ признать главенства другого» [3]).

Королевская власть разсматривается, какъ естественное, изначальное и вполнѣ самостоятельное явленіе, опираясь на теологическіе аргументы, авторитетъ римскаго имперскаго права и историческую давность. Со своей стороны и «право народа» во всѣхъ его развѣтвленіяхъ понимается, какъ нѣчто изначальное и непроизводное, основывающееся на древне-германской общественной идеѣ [4]). Ихъ взаимоотношенія базируются на

Въ каждой общественной связи имѣется глубокій внутренній смыслъ, глубокое внутреннее единство. Ср. *Gierke*, стр. 514 слѣд

[1]) *Gierke*, стр. 546 тамъ же указанія на многочисленныхъ писателей средневѣковья, развивавшихъ эту идею.

[2]) Ibid. стр. 548.

[3]) *Еллинекъ*, «Общее ученіе», стр. 235. Также *Гирке*, ук. соч. стр. 607. Ср. Его же «Johannes Althusius«, стр. 132 слѣд., особ. 135—137, изд. 2-ое. Breslau. 1902.

[4]) *Gierke,* стр. 568.

предписаніяхъ права, представленія о самостоятельной и непроизводной силѣ котораго, полученное средневѣковьемъ отъ германскаго народнаго правосознанія, не умирало до самаго конца среднихъ вѣковъ [1]).

Если перевести представленія средневѣковья на языкъ современныхъ правовыхъ понятій, надо будетъ сказать: въ средніе вѣка государство конструировалось, какъ совокупность правоотношеній между королемъ и народомъ (сословіями), основывающихся на правѣ, и реализующихся въ общежитіи, сложившемся естественнымъ, историческимъ путемъ. Проявляютъ волю и дѣйствуютъ король, народныя собранія, чины и пр., но не само государство, какъ цѣлое, ибо это цѣлое сложено изъ двухъ (или даже нѣсколькихъ) самостоятельно волящихъ элементовъ.

Разумѣется, подобное дуалистическое міровоззрѣніе не могло существовать вполнѣ мирно и безболѣзненно. Разумѣется, какъ среди сторонниковъ королевской власти, такъ и среди сторонниковъ власти «народа», т. е. сословій и корпорацій, находилось достаточно охотниковъ, чтобы создать вмѣсто дуализма—монизмъ, вмѣсто дуалистической концепціи государства—монистическую концепцію [2]). Однако до конца среднихъ вѣковъ ни одна изъ сторонъ не могла одержать побѣды и дуализмъ остался непреодолѣннымъ.

Необходимо добавить еще, что укрѣпленію дуалистическаго пониманія способствовала позиція церкви. Какъ было указано выше, въ началѣ среднихъ вѣковъ церковь и церковное ученіе шли навстрѣчу королевскимъ и императорскимъ притязаніямъ. Однако послѣ, когда разгорѣлась борьба между свѣтской и духовной властью за гегемонію, положеніе измѣнилось. Если покорнымъ представителямъ свѣтской власти церковь ока-

---

[1]) *Gierke* пишетъ о средневѣковьи: «Для него было абсолютно необходимо основывать государство на правѣ и конструировать поэтому происхожденіе государства, какъ правовой процессъ; одновременно средніе вѣка были далеки отъ представленія, чтобы неправомѣрно возникшая государственная власть, могла совершать правомѣрные акты. *Gierke*, «Iohannes Althusius», изд. 2-е. Breslau 1902 г. стр. 265. Его же, ук. соч. стр. 609 слѣд.

[2]) Объ этой борьбѣ см. напр. *Гирке*, «Iohannes Althusius», гл. III, стр. 123 слѣд.

зываетъ всякое содѣйствіе, упрочивая теологическими аргументами ихъ власть, то въ борьбѣ съ непокорными представителями свѣтской власти римская церковь не брезгуетъ никакими средствами. Въ эпоху обостренія борьбы монархи объявляются церковью тиранами и такими похитителями свободы, матерью которыхъ было злодѣйство [1]) и т. д. Цезаріусъ Гейстербахскій, ничтоже сумняшася, называетъ князей «змѣинымъ отродіемъ». Папа Иннокентій IV именуетъ Фридриха II дракономъ, а прочихъ королей своего времени змѣями. А Бертольдъ Регенсбургскій даетъ слѣдующее объясненіе тому факту, что лишь немногіе князья умираютъ естественной смертью и достигаютъ старости: большинство изъ нихъ бываютъ повинны въ неправомѣрныхъ насиліяхъ по отношенію къ своимъ подданнымъ. [2]) и т. д. и т. д. Въ такой повышенной атмосферѣ, ища повсюду себѣ союзниковъ, церковная власть аппеллируетъ и къ народу, котораго она готова признать земнымъ первоисточникомъ всякой свѣтской власти. Народное соглашеніе создало государство, учатъ многіе писатели средневѣковья, формулируя доктрину, пріобрѣвшую особую популярность много вѣковъ послѣ въ XVIII столѣтіи. Необходимость, жизненная потребность защищаться отъ преступниковъ внутри общежитія и отъ враговъ во внѣ его заставляютъ народъ признать власть короля. «Знай— объяснялъ въ 1158 году миланскій архіепископъ императору Фридриху первому—«знай, что все право народа на законодательство передано тебѣ. Твоя воля является правомъ» [3]). Но передача, какъ мы видимъ, обусловлена опредѣленными задачами, исполнять которыя обязана свѣтская власть. Исполненіе этихъ задачъ является единственной причиной установленія власти. Естественнымъ является выводъ, который не разъ дѣлался въ теченіе средневѣковья, что, если власть не выполняетъ своихъ задачъ, она можетъ быть низвергнута. «Развѣ неясно, спрашивалъ уже въ XI вѣкѣ Манегольдъ Лаутенбахскій,

---

[1]) См. *Eicken*, «Geschichte und System der Mittelalterlichen Weltanschaung» Stuttgart, 1887, стр. 356 слѣд.
[2]) *Eicken*, стр. 361—362.
[3]) *Eicken*, стр. 366.

что будетъ правомѣрнымъ актомъ лишеніе власти тѣхъ, кто нарушаетъ договоръ, которымъ доставлена власть» [1]).

Разумѣется, подобная позиція церкви могла только подливать масла въ огонь, и если народное начало не имѣло силъ, чтобы окончательно уничтожить начало монархическое, то дуалистическая концепція государства энергично питалась и поддерживалось такими проповѣдями сторонниковъ папства.

## IV.

Въ силу вышеуказанныхъ причинъ, къ числу которыхъ необходимо прибавить еще существованіе императорской власти, претендовавшей на главенство надъ всѣми остальными свѣтскими властями [2]) въ эпоху среднихъ вѣковъ вообще отсутствовало понятіе о какой-либо единой, независимой, верховной власти, проявляющей свою волю въ опредѣленномъ государствѣ Властей было много. Императорская власть, какъ мы только что сказали, претендовала на подчиненіе и покорность ей со стороны всѣхъ прочихъ властителей земли. И такія претензіи, питаемыя традиціями, вынесенными изъ римскаго права, поддерживались очень и очень многими даже тогда, когда послѣ паденія Гогенштауфеновъ— *фактически* отъ власти императоровъ осталось весьма мало. «Кто утверждаетъ, что императоръ не есть властитель и монархъ всего земного шара,—тотъ еретикъ»— говоритъ знаменитый постглоссаторъ Бартолъ, а Эней Сильвій,—впослѣдствіи папа Пій II, пишетъ императору Фридриху III, что послѣднему *по праву* подвластны всѣ короли міра [3]). Церковная власть, наравнѣ съ императорской, также стремится распространить свое вліяніе надъ всѣмъ христіанскимъ міромъ. Церковные теоретики создаютъ особую доктрину о церковной власти, въ силу которой «въ сферѣ церковныхъ отношеній го-

---

[1]) *Eicken*, стр. 367.

[2]) См. объ этомъ, напр., у Еллинека «Общее ученіе о госуд.», стр. 322 слѣд. *Паліенко*, ук. соч. стр. 56 слѣд. Многочисленную дальнѣйшую литературу можно найти въ данныхъ сочиненіяхъ.

[3]) *Еллинекъ*, ук. соч. стр. 322. *Паліенко*, стр. 62.

сударство не имѣетъ никакой компетенціи и *разграниченіе области свѣтскихъ и церковныхъ дѣлъ подлежитъ лишь верховной волѣ папы.* Объемъ церковной юрисдикціи опредѣляется лишь каноническимъ правомъ—такова теорія верховной власти папъ. Эти начала папы пытаются примѣнять и къ жизни. Они аннулируютъ свѣтскіе законы. Иннокентій III объявляетъ юридически ничтожной англійскую великую хартію вольностей 1215 года, Григорій IX—14-ый параграфъ саксонскаго зерцала, Иннокентій X—опредѣленіе Вестфальскаго мирнаго трактата. Папы низлагаютъ императоровъ и королей и освобождаютъ ихъ подданныхъ отъ присяги»[1]). Наконецъ, рядомъ съ королевской властью стоитъ власть крупныхъ феодаловъ, суверенитетъ которыхъ въ эпоху развитія феодальной системы (XI—XIII в.в.) противопоставляется суверенитету короля. И даже во второй половинѣ XIII в., во Франціи, гдѣ королевская власть сдѣлала къ тому времени значительные успѣхи по части «собиранія» страны въ свои руки, знаменитый юристъ *Beaumanoir* пишетъ, характеризуя правовое положеніе феодаловъ: «Каждый баронъ—суверенъ въ своей бароніи»[2]). Городскія общины на ряду съ феодалами также чувствовали себя суверенными за своими крѣпкими стѣнами. И вполнѣ естественно, что при такомъ многовластіи должно было потеряться всякое представленіе объ единой власти въ государствѣ. Въ предѣлахъ государственной территоріи сталкивалось много властей, изъ которыхъ каждая претендовала и на независимость и на полную самостоятельность. Къ исходу среднихъ вѣковъ такое «состояніе многовластія» начинаетъ приходить къ концу. На арену исторіи, какъ всѣмъ намъ извѣстно, выступаетъ сильная, національная монархическая власть. Начинается эпоха созданія національныхъ государствъ съ единой центральной властью. Такъ какъ данный процессъ особенно опредѣленно, законченно и энергично совершается во Франціи, то вполнѣ понятно, что именно во Франціи, «на

---

[1]) *Паліенко*, стр. 49.
[2]) *Паліенко*, стр. 29.

прочномъ, какъ выражается Еллинекъ, базисѣ французскаго государственнаго права», создалось новое, ясное, въ противоположность средневѣковой неопредѣленности, ученіе о государствѣ и его власти [1]). Процессъ формулированія этого «новаго и яснаго» понятія шелъ медленно, по мѣрѣ того какъ усиливавшаяся королевская власть выявляла свою сущность [2]). Итогъ этому процессу подвелъ *Bodin* въ своемъ знаменитомъ сочиненіи «Six livres de la République». Въ эпоху, когда борьба между противниками и сторонниками королевской власти была особенно напряжена, въ силу религіозныхъ распрей, раздиравшихъ французскую націю, [3]) Боденъ выступилъ энергично и смѣло въ защиту королевской власти, что было одновременно (въ виду событій того времени) и защитой цѣлостности французскаго государства и протестомъ во имя интересовъ единства французской націи, готовой окончательно склониться около королевскаго трона, противъ всякаго рода сепаратистическихъ попытокъ. «Со времени Людовика XI, -- пишетъ *Hancke*, во французской національности развилось чувство внутренняго единства, которое требовало во-внѣ рѣзкаго выдѣленія націи изъ понятія всего христіанскаго міра, а внутри дѣлало невозможной всякую обособленность» [4]). Въ такой атмосферѣ возвышается монархическая идея, идея о королевской власти, олицетворявшей въ себѣ главные національные интересы, вездѣсущей, основывающейся на самой себѣ. И, вотъ, именно *Бодэнъ* первый вполнѣ опредѣленно и ясно конструировалъ правовую сущность такой власти, *какъ высшей, постоянной, самостоятельной (eigene), не связанной законами власти надъ подданными* [5]).

---

1) *Еллинекъ*, ук. соч. стр. 329.

2) Объ этомъ процессѣ см. *Паліенко*, стр. 23—38. *Еллинекъ*, стр. 321 слѣд См. также интересныя страницы въ книгѣ *Weill*'я «Les théories sur le pouvoir royal en France pendant les guerres de religion». Paris 1891. Introduction II, стр. 9—17.

3) Объ этомъ см. *Weill*, ук. соч. Ср. также *Treumann*, «Monarchomachen». Leipzig 1895, особ. стр. 3 слѣд.

4) *Hancke*, «Bodin» Breslau. 1894, стр. 4.

5) *Hancke*, стр. 9. У него же обстоятельный и интересный анализъ даннаго Бодэномъ понятія власти. Тоже соч. стр. 10—46. О томъ, что, съ точки зрѣнія Бодэна, власть монарха не была деспотической, что ея все-

Въ нашу задачу отнюдь не входитъ излагать сколько-нибудь подробно ученіе Бодэна. Намъ важно лишь отмѣтить здѣсь, что этому ученію совершенно чуждо представленіе о государствѣ въ цѣломъ, какъ волящей и дѣйствующей личности, личности которой и принадлежитъ государственная власть. «Какъ суверенитетъ—пишетъ по этому поводу *Dock*, одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей вопроса—онъ (Бодэнъ) опредѣляетъ власть (Macht) верховнаго органа государства, а дальше смѣшиваетъ эту власть съ властью всего государства» [1]). По ученію Бодэна въ монархіяхъ—монархъ, въ республикѣ—или часть гражданъ или всѣ живущіе въ государствѣ обладаютъ всей полнотой власти («Six livres» etc. кн. II гл. I). Монархическую власть Бодэнъ рѣшительно считаетъ самой лучшей, такъ какъ она наиболѣе ясно и рѣшительно выражаетъ единство власти вообще. Въ сущности говоря и все сочиненіе Бодэна—трактатъ именно о монархической власти и прежде всего, какъ отмѣчаетъ *Dock* и *Еллинекъ*, о власти французскихъ королей [2]). «Властитель Бодэна былъ французскій властитель, идея его власти—монархическая идея сильно централизованнаго государства» очень опредѣлено формулируетъ эту мысль *Dock* [3]). И, вотъ, это-то ученіе о власти *личной*, принадлежащей одному лицу или нѣсколькимъ лицамъ, а не отвлеченному отъ конкретныхъ личностей государству—дѣлается теоріей нераздѣльно господствующей вплоть, можно сказать, до конца XIX вѣка. Центромъ научныхъ споровъ, отвѣчающихъ, какъ всегда, политической борьбѣ въ дѣйствительной жизни, дѣлается вопросъ о томъ, кому принадлежитъ высшая власть въ государствѣ—народу или государю. Ученіе Бодэна, блестяще намѣ-

---

могущество Бодэнъ признавалъ подъ условіемъ неприкосновенности естественныхъ и божескихъ законовъ (между прочимъ частной собственности) см. у *Hancke* стр. 27 слѣд. Вотъ знаменитое мѣсто изъ 8-й главы первой книги труда Бодэна «Sed legibus divinis ac naturalibus principes omnes ac populi aeque obligantur». Ср. Weill, особ. стр. 277—278.

[1]) *Dock*, «Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Grossen». Strassburg 1897, стр. 138—139 Какъ сторонникъ господствующей нынѣ доктрины Dock иначе и не могъ формулировать свою мысль.

[2]) *Еллинекъ*, «Общее ученіе» стр. 330. *Dock*, ук. соч. стр. 131.

[3]) Ук. соч. стр. 131.

тившее эту центральную проблему цѣлыхъ вѣковъ, явилось, по удачному выраженію *Dock'a*, «трубнымъ сигналомъ, который призвалъ юристовъ-бойцовъ всѣхъ оттѣнковъ къ жестокому турниру» [1]). На Бодэна нападаютъ, его защищаютъ, его коррижируютъ. Цѣлая огромная литература скопляется, имѣя центромъ его ученіе. Сторонники монархической власти, равно какъ и ея противники, защищающіе суверенитетъ народа,— разбиваются на отдѣльныя группы, сообразно оттѣнкамъ убѣжденій. Въ эпоху религіозныхъ войнъ XVI в. среди однихъ только французскихъ писателей *Weill* насчитываетъ, напримѣръ, четыре различныя группы, достаточно рѣзко отличавшіяся другъ отъ друга по своимъ политическимъ убѣжденіямъ [2]). Уже и тогда были и чистые абсолютисты, воспринявшіе со всей полнотой ученіе римскихъ легистовъ о власти принцепса и утверждавшіе: «Si veut le roi, si veut la loi». Были сторонники умѣреннаго абсолютизма, сторонники ограниченной конституціонной монархіи и, наконецъ, сторонники либеральнаго абсолютизма въ духѣ Бодэна. Но ни у одного изъ этихъ писателей нѣтъ и намека на представленіе государства, какъ цѣлаго, въ качествѣ волящей и дѣйствующей личности, каковой и принадлежитъ государственнная власть. Всѣхъ этихъ спорящихъ между собою противниковъ,—начиная отъ Монархомаховъ и кончая *Pierre de Belloy*, сторонникомъ полнаго абсолютизма [3]),—роднитъ представленіе о государственной власти, какъ власти *личной*, принадлежащей либо монарху, либо народу [4]). Такъ было въ самомъ началѣ эпохи. Съ теченіемъ времени, съ развитіемъ абсолютизма на континентѣ Европы представленіе о госуцарственной власти, какъ власти личной, еще болѣе усиливается, достигая апогея въ мысляхъ Людовика XIV, Боссюэта и Фенелона. «Государство это я», гордо формулируетъ Людовикъ, а

---

[1]) *Dock*, «Revolution und Restauration über die Souveränität». Srassburg 1900. Vorwort стр. VI.
[2]) Ук. соч., Conclusion.
[3]) О немъ см. Weill стр. 210 слѣд.
[4]) Ср. *Dock*, «Der Souveränitätsbegriff» etc. стр. 135 слѣд.

Боссюэтъ услужливо развиваетъ его мысль: «Все государство въ личности монарха. Все государство въ немъ; воля всего народа заключена въ его волѣ» [1]). Народъ, какъ у Боссюэта, такъ и у защитниковъ идеи народнаго суверенитета—въ концѣ концовъ—сумма всѣхъ отдѣльныхъ индивидовъ [2]). Словомъ, – повторяемъ еще разъ,—государствомъ, согласно убѣжденію эпохи абсолютизма, правитъ личная воля *властителя*, *его* (властителя) *суверенная власть*. Таково было правовое убѣжденіе эпохи, стоявшее въ полномъ соотвѣтствіи съ политической дѣйствительностью даннаго времени [3]).

*(Окончаніе слѣдуетъ).*

---

1) *Dock*, «Revolution und Restauration etc. стр. 71.
2) Ibid. стр. 72 слѣд.
3) Ср. съ нашей характеристикой характеристику *Еллинека* «Общее ученіе» срр. 331 слѣд.

# Формальные признаки понятія судебнаго признанія въ гражданскомъ процессѣ.

---

Т. М. Яблочкова.

---

Когда одна изъ тяжущихся сторонъ признаетъ на судѣ дѣйствительность такого обстоятельства, которое служитъ къ утвержденію правъ ея противника, *судъ* связанъ такого рода заявленіемъ: онъ долженъ положить его въ основу своего рѣшенія, не входя въ дальнѣйшую провѣрку правдивости такого заявленія. Но не только судъ, но и *самъ тяжущійся*, учинившій такое признаніе, связанъ имъ и можетъ взять его обратно (т. е. опровергать его) лишь при наличности извѣстныхъ ограничительныхъ условій, точно указанныхъ въ законѣ. Наконецъ судебное рѣшеніе, основанное на признаніи отвѣтчикомъ исковыхъ требованій, пользуется особой привилегіей. «Когда взысканіе присуждено на основаніи признанія отвѣтчикомъ таковыхъ требованій», по просьбѣ тяжущагося, допускается *предварительное исполненіе рѣшенія* (Ст. 138, п. 1; 737 п. 1, У. Г. С. по зак. 15 іюня 1912 г.).

Такого рода радикальный эффектъ, присущій признанію, тѣмъ болѣе интересенъ для юриста-теоретика, что онъ какъ-будто и не вытекаетъ изъ роли, отведенной ему наукой гражданскаго процесса въ системѣ права. На ряду съ *нотаріальностью* и *правовыми предположеніями*, «признаніе» составляетъ лишь одно изъ трехъ *освобождающихъ основаній* отъ «onus probandi», лежащаго на противникѣ признавшагося [1]).

---

1) *Dr. Chr. Martin.* Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerl. Prozesses (XIII Aufl.). Leipz. 1862, 376: «Befreiungsgründe». *A. Renaud.* Lehrbuch des gemeinen deutsch. Civilprocessrechts. Leipz. 1867, §§ 103—105.

То же скромное мѣсто въ процессуальныхъ кодексахъ отводятъ признанію и современныя законодательства: среди рядовыхъ доказательствъ [германскій С. Р. О., франц. С. Р. С., русс. У. Г. С., финско-шведск. Кодексъ 1734 г. и др.] или—въ отдѣлѣ объ «общихъ правилахъ о доказательствахъ» [австрійскій С. Р. О., венгерскій С. Р. О. 1911 г. и др.].

Въ настоящей статьѣ мы не можемъ сосредоточиться на изслѣдованіи *юридической природы* суд. признанія и связаннаго съ нею оправданія связующей силы признанія[1]). Мы должны прежде всего условиться, что, именно, мы понимаемъ подъ терминомъ «*судебное признаніе*», т. е. должны дать точное опредѣленіе этого понятія. Вопросы—что такое суд. признаніе?—его признаки, предположенія, отличіе отъ внѣсудебнаго признанія въ его сущности, моментъ его перфекціи—являются весьма спорными въ литературѣ и юриспруденціи.

Установленіе момента *перфекціи* суд. признанія, т. е. опредѣленіе тѣхъ матеріальныхъ и чисто-формальныхъ реквизитовъ, которые въ своей совокупности образуютъ понятіе «суд признанія», важно еще и въ слѣдующемъ отношеніи. Съ этого момента оно не только неопровержимо, но оно и *неизмѣняемо*. Оговорки, присоединяемыя къ простому признанію, имѣютъ силу лишь тогда, когда онѣ *соединены* вмѣстѣ съ признаніемъ. Позднѣйшее возраженіе, направленное къ умаленію силы признанія, выставляемое послѣ того, какъ уже состоялась перфекція признанія, должно быть разсматриваемо, какъ одностороннее (и недопустимое!) опроверженіе (Widerruf) признанія [2]). Иначе говоря, *недѣлимое*

---

«Die Befreiung von der Beweislast». *A. Weber*. Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess. Leipz. 1845. гл. III, IV, V. *Dr. R. v. Canstein*. Die rationellen Grundlagen des Civilprozesses. Wien, 1877, стр. 32—35: «Von den Beweisen befreiende Feststellungsmittel der Wahrheit».

[1]) Этотъ вопросъ составитъ предметъ особаго нашего изслѣдованія, изготовляемаго нами уже нынѣ къ печати. Однако, въ нѣкоторыхъ пунктахъ трактовка того или иного реквизита суд. признанія неразрывно связана съ той или иной концепціей *юридической природы* признанія, и тогда поневолѣ намъ придется попутно и вкратцѣ указывать на эту зависимость.

[2]) *v. Canstein*. Annerkennung und Geständniss. Zeitsch. f. d. Civilprozess. Bd. I (1879), 343.

квалифицированное признаніе мы имѣемъ тогда только, когда квалиф. признаніе дано «uno actu» [1] [2]).

Положительнымъ матеріаломъ для изслѣдованія *русскаго* права намъ послужитъ, главнымъ образомъ,— ст. 112—114, 155³, 155⁴, 314, 335, 479—484 У. Г. С.; т. XI ч. 2, У. С. Т. ст. 199, 205—209; Прав. суд. ч. Земск. Нач. т. XVI, ч. 1, ст. 74—76, 101.

На основаніи этого матеріала мы можемъ установить слѣдующіе необходимые реквизиты суд. признанія:

1) *Процессуальная обстановка*: «передъ судомъ», «на судъ подаваемыхъ» (ст. 479 У. Г С.). Признаніе можетъ быть сдѣлано письменно «въ одной изъ бумагъ, на судъ подаваемыхъ» или словесно, во время словеснаго состязанія (ст. 479 У. Г. С.).

2) *Объектъ признанія:* «требованіе истца и тѣ обстоятельства, на коихъ сіи требованія основаны (ст. 314, 335) (ср. ст. 480).

3) *Содержаніе признанія* «обстоятельство, которое служитъ къ утвержденію правъ противника» (ст. 480).

4) *Процессуальное условіе*: «оно должно быть записано въ протоколъ» (ст. 479).

Но надо оговориться, что теорія и практика отмѣтили гораздо бо́льшее число реквизитовъ, входящихъ въ составъ понятія судебнаго признанія. Юриспруденція—теоретическая и практическая—натолкнулась въ этой области на цѣлый рядъ проблемъ, для разрѣшенія которыхъ ни русское, ни западно-европейскія законодательства прямого отвѣта не даютъ, и которыя могутъ быть разрѣшены лишь путемъ привлеченія на помощь общихъ теоретическихъ положеній, установленныхъ наукою процессуальнаго права, а также положеній, выводимыхъ изъ изученія всего процессуальнаго кодекса

---

¹) На той же почвѣ французская юриспруденція. См. *A. Pathouot*. De l'indivisibilité de l'aveu judiciaire (thèse). Paris 1910, стр. 97; Cass. 12 dec. 1881. S. 1882, 1, 196.

²) См. непониманіе этого принципа въ К. Р. 1867/465: «Тяжущійся, сдѣлавшій на судѣ признаніе, можетъ впослѣдствіи присовокупить свои объясненія о пространствѣ сего признанія. Судъ долженъ считаться съ такимъ объясненіемъ». Въ данномъ казусѣ отвѣтчикъ сдѣлалъ признаніе долга въ 65 р. 60 к., полагаясь на вѣрность заочнаго рѣшенія. А послѣ (въ апел. инстанціи) ограничилъ «пространство сего признанія» суммою 47 р. 60 к.

данной страны. Этимъ путемъ пойдемъ и мы въ своемъ изслѣдованія понятія судебнаго признанія.

Въ понятіи суд. признанія мы различаемъ *формальные* и *матеріальные* признаки. Первые касаются *внѣшнихъ условій*, при коихъ можетъ быть дано суд. признаніе. Вторые опредѣляютъ собою *внутреннее содержаніе* признанія. Въ настоящей статьѣ мы будемъ вести рѣчи исключительно о *формальныхъ* признакахъ суд. признанія.

## § 1. «Передъ судомъ».

**1.** Какъ показываетъ самъ граматическій смыслъ, *«судебное»* признаніе противополагается признанію *«внѣсудебному»*. Это—не только словесное различеніе! И по *формѣ* и по *юрид. эффекту* судебное признаніе принципіально и существенно отличается въ положительныхъ законодательствахъ отъ признанія внѣсудебнаго. Ни одно законодательство не придаетъ внѣсудебному признанію силу «освобождать противника отъ всякихъ дальнѣйшихъ доказательствъ» [1]).

Самое убѣдительнѣйшее и достовѣрное внѣсудебное признаніе подлежитъ свободному опроверженію—путемъ представленія противодоказательствъ—со стороны «признавшагося». Наоборотъ, судебное признаніе имѣетъ силу, опредѣленную процессуальнымъ закономъ [2]). Мы можемъ держаться какой угодно концепціи *юридической природы* судебнаго и внѣсудебнаго признанія, но указанное нами принципіальное различіе въ существѣ того и иного вида признанія должно считаться прочно установленнымъ положеніемъ, воспринятымъ и во всѣхъ

---

[1]) Ср. § 206 Абз. 3 австр. С. Р. О., предоставляющій оцѣнку силы внусудебнаго признанія свободному усмотрѣнію суда и стр. 207—208 У. С. Т. (т. XI ч. 2). На той же почвѣ и французскіе законы.

[2]) *O. Bülow.* Das Geständnissrecht. Freiburg 1889. стр. 44—47, доказываетъ, что различіе судебнаго и внѣсудебнаго признанія—въ *формѣ* и *эффектѣ*, но совершенно не касается *содержанія* признанія. То и другое есть «Wahrheitsbestätigung».—Особнякомъ стоятъ: *Endemann.* Die Beweislehre, 161 и *v. Canstein,* ук. с. въ Zeit. Civilpr. I, отвергающіе принципіальное различіе между судебнымъ и внѣсудебнымъ признаніемъ.

законодательствахъ, въ томъ числѣ и—*русскомъ* [1]. *Ст.* 479 У. Г. С. гласитъ: «Признаніе можетъ быть сдѣлано передъ судомъ письменно, въ одной изъ бумагъ, на судъ подаваемыхъ, или словесно, во время словеснаго состязанія. Въ послѣднемъ случаѣ, если противная сторона желаетъ воспользоваться признаніемъ, то, по ея просьбѣ, оно должно быть записано въ протоколъ». *Ст.* 480: «Когда одна изъ сторонъ сама признаетъ дѣйствительность такого обстоятельства, которое служитъ къ утвержденію правъ ея противника, то оно считается не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ». *Ст.* 481 устанавливаетъ принципъ *безповоротности* суд. признанія. *Ст.* 482 устанавливаетъ связанность признаніемъ только по отношенію къ лицу, учинившему признаніе.

Въ виду вышеизложеннаго, мы должны признать явно несостоятельнымъ ученіе нашего Сената, въ тѣхъ его кассаціонныхъ разъясненіяхъ, въ коихъ онъ объявляетъ, что нѣтъ признанія «судебнаго» и «внѣсудебнаго»: есть-де одно понятіе (родовое!)—*признанія* съ различной доказательной силой, опредѣляемой судомъ по своему убѣжденію, не подлежащему контролю кассаціоннаго суда.

«Правило, изложенное въ ст. 479 У. Г. С., по которой признаніе можетъ быть сдѣлано передъ судомъ письменно или во время словеснаго состязанія, опредѣляя *только порядокъ* (!) заявленія признанія передъ судомъ, не исключаетъ возможности признанія внѣ суда, и въ этомъ отношеніи законъ не устанавливаетъ *никакой разницы* (!?) между признаніемъ, учиненнымъ въ письменныхъ актахъ, и признаніемъ учиненнымъ тяжущимися въ присутствіи суда. Различіе это невозможно еще и потому, что, по закону, опредѣленіе юридическаго значенія домашнихъ актовъ и доказательной силы изложенныхъ въ нихъ событій представляется внутрен-

[1]) *У. Г. С.* молчитъ о внѣсудебномъ признаніи; *т. XI ч. 2 У. С. Т.*, ст. 206 и 207 опредѣляютъ, что устное внѣсуд. признаніе недопустимо какъ доказательство, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ не допускаетъ доказательства черезъ свидѣтелей. А письменное признаніе имѣетъ силу письменнаго доказательства.

нему убѣжденію суда. При такихъ условіяхъ, сужденіе о правильности сдѣланныхъ судомъ выводовъ о дѣйствительности или недѣйствительности *самаго факта признанія* (!), касаясь существа дѣла, не подлежитъ разсмотрѣнію Правит. Сената» (1868/371; подтверждено текстуально въ 1870/1193, 1876/413).

Отсюда и дальнѣйшій выводъ: «судъ въ правѣ придать внѣсудебному признанію значеніе доказательства и примѣнять къ нему, какъ къ доказательству, *вполнѣ равносильному признанію судебному* (?), правила, устанавливающія послѣдствія сего послѣдняго» (1868/371; 1875/311).

Итакъ, Сенатъ склоненъ совершенно нивеллировать различіе въ силѣ *судебнаго* и *внѣсудебнаго* признанія, на почвѣ ст. 5 Учр. Суд. Уст. Вопросъ о томъ, надо ли усмотрѣть въ данномъ заявленіи стороны «признаніе» («сужденіе о правильности сдѣланныхъ судомъ выводовъ о дѣйствительности *самаго факта признанія*») входитъ-де—въ «существо дѣла», не подлежащее кассаціонной повѣркѣ! Это положеніе Сенатъ защищаетъ и въ К. Р.: 1868/78; 1872/625; 1874/136, 1878/245; 1887/27; 1903/50.

Ставъ на этотъ путь, Сенатъ логично долженъ былъ сдѣлать и слѣдующій выводъ. Не подлежитъ кассаціонной повѣркѣ, какъ входящій въ «существо дѣла», и вопросъ объ правильности опредѣленія *доказательной силы и значенія* признанія [1869/1054; 1873/1557; 1908/22, со ссылкой на 1884/81] [1]).

И это—касательно, какъ «судебнаго», такъ и «внѣсудебнаго» признанія! То и другое нивеллируется на почвѣ ст. 129 и 339 У. Г. С., обязывающихъ судъ «принимать въ соображеніе всѣ приведенныя по дѣлу обстоятельства» и «опредѣлять, по убѣжденію совѣсти, значеніе и силу доказательствъ». Сенатъ не протестуетъ даже тогда, когда судъ присудилъ искъ на основаніи *внѣсудебнаго* признанія, сдѣланнаго лицомъ, не имѣв-

---

[1]) Особенно характерно К. Р. 1869/1054. М. съѣздъ не призналъ за истцомъ права собственности на спорное имущество, не взирая на признаніе повѣреннаго, *«по бездоказательности иска»*. Сенатъ нашелъ: это—«существо дѣла»!

шимъ даже процессуальной довѣренности отъ стороны. И здѣсь, онъ усмотрѣлъ не извращеніе закона, а — «существо дѣла»! (1870/764).

И, наоборотъ, согласно съ своей общей тенденціей, Сенатъ охотно и рѣшительно кассируетъ рѣшенія, разъ признаніе зафиксировано судомъ не соотвѣтственно «порядку», указанному въ законѣ. «Принятіе основаніемъ рѣшенія такого сознанія, которое не значится ни въ *протоколѣ* Палаты, ни въ протоколѣ о. суда, ниже въ *рѣшеніи* о. суда, составляетъ нарушеніе ст. 480 У. Г. С. и поводъ кассаціи» (1869/1043; 1870/1656; 1872/98).

Такова господствующая точка зрѣнія Сената, проводимая имъ въ Кас. Рѣш. и въ 60-хъ и 70 хъ и 80-хъ и 90-хъ и 1900-хъ годахъ. Однако, достаточно свѣриться съ яснымъ текстомъ закона, чтобы убѣдиться, что ученіе Сената рѣшительно неправильно: оно въ сущности сводится къ *отмѣнѣ* ст. 112—114, 479—484 У. Г. С., спеціально регулирующихъ признаки и специфическія послѣдствія *судебнаго* признанія и къ замѣнѣ ихъ общими ст. 129 и 339 У. Г. С. ! Между тѣмъ для насъ ясно, что сила *судебнаго* признанія указана въ *законѣ*, а не предоставлена «усмотрѣнію суда». А потому, невѣрно утверждать, что ст. 479 сл. У. Г. С. опредѣляютъ только «*порядокъ* заявленія признанія передъ судомъ». Нѣтъ! Письменная форма или словесная (съ записью въ протоколъ) составляютъ необходимый «corpus» признанія, отличающій понятіе судебнаго признанія,—какъ *процессуальнаго* дѣйствія—отъ внѣсудебнаго признанія!

И самъ Сенатъ сознавалъ всегда всю лживость занятой имъ позиціи. Наряду съ только что изложеннымъ нами ученіемъ, Сенатъ въ весьма многочисленныхъ касс рѣшеніяхъ проводитъ принципіальное различіе между судебнымъ и внѣсудебнымъ признаніемъ, придавая силу ст. 112 и 480 У. Г. С. *судебному* признанію, а ст 129 и 339 пріурочивая къ *внѣсудебному* признанію.

«Признаніемъ тяжущагося, *по силѣ ст. 112 У. Г. С.*, считается лишь заявленіе *на судѣ* при производствѣ дѣла, письменно или словесно»... (1870/1011, 1886/51).

Соотвѣтственно этой точкѣ зрѣнія, Сенатъ иначе сталъ понимать и объемъ своихъ кассаціонныхъ полномочій.

Во-первыхъ, въ нѣкоторыхъ касс рѣшеніяхъ Сенатъ учитъ: «*непринятіе судомъ въ соображеніе признанія*, сдѣланнаго стороною *на судѣ*, составляетъ поводъ къ кассаціи» (1870/1666, 1871/1030). «Судъ не имѣетъ права, *въ противность ст. 480*, не признавать признанія отвѣтчиковъ иска правильнымъ достаточнымъ доказательствомъ для утвержденія требованій истца» (1874/245, 1881/161). И это—даже въ томъ случаѣ, если «признаніе», по убѣжденію суда, неправильно и преслѣдуетъ безчестныя цѣли (1876/97). «Если рѣшенія суда 1-ой степени основано на признаніи отвѣтчика, то *судъ 2-ой степени*, отвергая это признаніе, обязанъ указать соображенія, по которымъ онъ не придалъ ему значенія» (1874/343; 1877/204; ср. 1867/465).

Во-вторыхъ, Сенатъ считаетъ «*нарушеніемъ смысла закона*» неправильный выводъ изъ возраженій тяжущагося судебнаго признанія въ пользу противника (1867/493, 1871/1164). Обозрѣвая свою прежнюю практику (въ коей Сенатъ ограничивалъ свои кассац. полномочія), Сенатъ объяснилъ, что она «не относится къ тѣмъ случаямъ, когда выводъ суда о значеніи признанія основанъ на такихъ обстоятельствахъ, которыя приведены *самими тяжущимися*, а не на произвольныхъ и ничѣмъ не подтвержденныхъ предположеніяхъ суда» (1870/1136; 1871/1015; 1875/79) [1]). По сему, кассаціонной отмѣнѣ подлежитъ рѣшеніе, «въ коемъ судъ *превратно* или съ *явной ошибкой* вывелъ признаніе изъ такого объясненія, которое заключало въ себѣ не подтвержденіе, а, напротивъ, отрицаніе обстоятельства» (1869/1043, 1871/953 и др.) [2]).

[1]) К. Р. 1870/1136: судъ вывелъ признаніе отвѣтчикомъ существованіе долга изъ признанія имъ своей подписи на актѣ.—1871/1015: нѣтъ признанія, если признаваемый фактъ обезсиливается особой его юр. квалификаціей.—1875—79. Сенатъ кассировалъ рѣшеніе С. П., усмотрѣвшей признаніе въ исковыхъ объясненіяхъ истца, тогда какъ истецъ въ нихъ вовсе не касался спорнаго свойства и рода договора по внутреннимъ его признакамъ.

[2]) Это имѣетъ мѣсто въ случаяхъ дробленія недѣлимаго кв. признанія. (Exceptio rei non sic sed aliter gestae: 1869/1043; 1871/953 (1869/691, 1875/393, 887).

Не надо, однако, заключать изъ только что приведенныхъ кассаціонныхъ рѣшеній, что Сенатъ въ нихъ рѣшительно порываетъ съ своимъ господствующимъ принципіальнымъ отношеніемъ къ ученію о взаимномъ отношеніи судебнаго и внѣсудебнаго признанія!

Во-первыхъ, двѣ кажущіяся діаметрально противоположными точки зрѣнія Сенатомъ остроумно нивеллируются такого рода формальнымъ разсужденіемъ. Въ К. Р. 1896/1043 рѣшеніе было основано на сознаніи, имѣющемся въ протоколѣ, но понятомъ «превратно или съ явною ошибкою». С. П. «вывела заключеніе совершенно противоположное буквальному смыслу признанія, учиненнаго на судѣ». Отсюда Сенатъ—не безъ ехидства—выводитъ, что «*такое* (!) словесное состязаніе отвѣтчика не значится въ протоколахъ» (1869/1043).

Во-вторыхъ, утверждая, что «непринятіе судомъ въ соображеніе признанія, сдѣланнаго стороною на судѣ, составляетъ поводъ къ кассаціи», Сенатъ, вѣрный своей принципіальной точкѣ зрѣнія, видитъ и здѣсь нарушеніе *ст. 129*, и не упоминаетъ даже о *ст. 112, 479—480* У. Г. С.! (1870/1666; 1871/1030).

Наконецъ, нивеллировка Сенатомъ силы судебнаго и внѣсудебнаго признанія учиняется и тѣмъ, что подлежащей кассаціонной повѣркѣ объявляется и доказательная сила *внѣсудебнаго признанія*. Въ К. Р. 1875/712 Сенатъ кассировалъ рѣшеніе С. П., на томъ основаніи, что она «установивши (внѣсудебнымъ письменнымъ признаніемъ) эти факты, пришла къ заключенію, что существованіе договора найма истцомъ *не доказано*». К. Р. мотивируетъ это: «...чѣмъ и нарушила точный смыслъ *ст. 366 У. Г. С.*» (!).

Ст. 366 У. Г. С. («Истецъ долженъ доказать свой искъ. Отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ съ своей стороны доказать свои возраженія»), конечно, не имѣетъ такого «точнаго смысла», чтобы служить руководствомъ къ точному установленію доказательной силы внѣсудебнаго признанія. И въ другихъ К. Р. (1870/764; 1872/625; 1880/207) Сенатъ самъ учитъ, что сужденіе суда о силѣ и значеніи *внѣ-*

*судебнаго* признанія составляетъ безусловно «существо дѣла»!

Все вышеизложенное показываетъ намъ, что Сенатъ никогда не проникался сознаніемъ *принципіальнаго* различія между судебнымъ и внѣсудебнымъ признаніемъ. Это различіе растворяется въ его ученіяхъ въ атмосферѣ ст. 5 Учр. Суд. Уст., ст. 129, 349, 366 У. Г. С. Грубая и пагубная ошибка, не имѣющая прецедента въ кассаціонной юриспруденціи ни одного иного государства, кромѣ Россіи! Мы лично исходимъ въ нашихъ дальнѣйшихъ разсужденіяхъ изъ того положенія, что *судебное признаніе* есть особый институтъ въ системѣ гражданскаго процесса, имѣющій свою юридическую природу, свое специфическое дѣйствіе (безусловное устраненіе «дальнѣйшихъ доказательствъ») и послѣдствіе (неопровержимость для лица признавшагося).

---

**2**. Процессуальную обстановку судебнаго признанія ст. 479 У. Г. С. описываетъ такъ: «*Признаніе можетъ быть сдѣлано передъ судомъ письменно, въ одной изъ бумагъ, на судъ подаваемыхъ, или словесно, во время словеснаго состязанія*».

Признакъ судебнаго признанія: оно должно быть сдѣлано «*передъ судомъ*»—рождаетъ цѣлый рядъ вопросовъ.

Никакихъ споровъ не возбуждаетъ ни въ западно-европейской, ни русской судебной практикѣ и научной доктринѣ то положеніе, что признаніе, учиненное въ 1-ой инстанціи, сохраняетъ свою силу и для 2-ой инстанціи, т. е. оно обязательно для апелляціоннаго суда (К. Р. 1874/343; 1877/204; ср. 1867/465), и для лица признавшагося (т. е. оно неопровержимо, внѣ условій ст. 482 У. Г. С.) 1871/1030; 1876/571) [1]).

Но сохраняетъ ли силу *судебнаго* признанія, признаніе сдѣланное стороною *въ другомъ гражданскомъ процессѣ?* Тамъ (въ вполнѣ дѣйствительномъ процессѣ!) оно уже про-

[1]) Исключеніе составляетъ лишь французская юриспруденція, ограничивающая силу суд. признанія: только той инстанціей, гдѣ оно сдѣлано. *Laurent*, Principes, XX (1876), стр. 196.

извело весь свой специфическій эффектъ, указанный въ ст. 479—484 У. Г. С., — но продолжаетъ ли оно сохранять свое значеніе и въ новомъ процессѣ? Иначе говоря,—обладаетъ ли судебное признаніе *матеріальной законной силой* или его сила и значеніе исчерпывается тѣмъ процессомъ, въ которомъ оно дано?

Положительныя законодательства уклоняются отъ разрѣшенія этого вопроса [1]), и судебной практикѣ приходится самой вырабатывать основныя положенія, просвѣщаясь данными научной доктрины.

Съ одной стороны, казалось бы страннымъ и неестественнымъ обсуждать признаніе, сдѣланное передъ компетентнымъ судомъ и въ вполнѣ дѣйствительномъ процессѣ, какъ признаніе *внѣсудебное*, только потому, что оно привлекается, какъ доказательный матеріалъ въ *другомъ* процессѣ. Вѣдь, процессуальныя дѣйствія носятъ на себѣ болѣе ясно выраженный штемпель обдуманности и серьезности, чѣмъ дѣйствія внѣпроцессуальное! Въ какомъ бы процессѣ оно сдѣлано ни было, оно всегда есть выраженіе *формальной* правды [2]), и въ этомъ качествѣ должно быть обсуждаемо, какъ *судебное* признаніе [3]). Иначе, мы пришли бы къ выводу, явно непріемлемому,—что каждое судебное признаніе заразъ предполагаетъ и серьезность заявленія

---

[1]) Исключеніе составляютъ старый *Preussische Gerichtsordnung.* Th. I, tit. 10, § 88, b: «Ges.ändnisse, die vor Gerichten, aber in einem andern, als dem gegenwärtigen Prozesse abgegeben werden, haben zwar *nur gleiche Wirkung mit aussergerichtlichen;* doch steht ihnen die Vermuthung, wodurch der Irrtum ausgeschlossen wird, in einem höhern Grade, als den blossen aussergerichtlichen Geständnisse, zur Seite». Итакъ, внѣпроцессуальное признаніе имѣетъ силу лишь *внѣсудебнаго* признанія.—На иной точкѣ зрѣнія стоитъ русскій *У. С. Т.* т. XI ч. 2, ст. 208: «Когда одинъ изъ тяжущихся показываетъ, что противникъ его учинилъ по сему самому дѣлу признаніе при производствѣ въ другомъ судебномъ мѣстѣ другого дѣла, и представитъ въ томъ достовѣрную справку, то сіе признаніе *пріемлется за признаніе судебное*». См. и практику *4-го и Суд. Д-та Сената*: 1876/611.—Также и *Итальянскій кодексъ* (ст. 1356) объявляетъ *суденнымъ* признаніемъ даже признаніе. сдѣланное даже передъ некомпетентнымъ судомъ.

[2]) Таково мнѣніе, защищаемое *Gönner*. Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Bd. II, Erlangen 1804 г., стр. 384.

[3]) Таковы мнѣнія—*Laurent*. Principes, t. XX, n° 164; *E. Bonnier*. Traité théorique et pratique des preuves. Paris 1873. t. I, n°. 361, и старая французская практика. См. у *Pathouot*. De l'indivisibilité de l'aveu. (thèse). Paris 1910, стр. 133, и *Bonnier*, ук. с., стр. 442.

для даннаго процесса, и легкомысліе для всякаго послѣдующаго процесса!

Однако, вся западно-европейская и русская научная доктрина и практическая юриспруденція [1]) почти единодушно отвергаютъ *матеріально-правовую силу* за судебнымъ признаніемъ,—исходя, правда, изъ различныхъ теоретическихъ соображеній и воззрѣній на юридическую природу суд. признанія (См. К. Р. 1869/855, 1870/1193, 1822).

Нѣкоторые ученые процессуалисты, опираясь на классическое сочиненіе *O. Bülow'a* [Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen. 1868, стр. 1 сл.], неопровержимо доказавшаго *несамостоятельность* отдѣльныхъ процессуальныхъ дѣйствій, учатъ что и признаніе, какъ явленіе процесс. права, не можетъ вызвать самостоятельное *частно-правовое* дѣйствіе, выходящее за предѣлы даннаго процесса. Оно даетъ лишь *матеріалъ* для суд. рѣшенія [2]), объектомъ его воздѣйствія является дѣятельность судьи по постановкѣ *даннаго* рѣшенія, а потому его творческая сила не выходитъ за предѣлы чисто подготовительной, процессуальной службы [3]).

Діаметрально противоположными аргументами пользуются для защиты ограниченной (внутри-процессуальной) силы суд. признанія другіе ученые, разсматривающіе признаніе, сквозь призму диспозитивной теоріи,—какъ «*актъ распоряженія*» своими правами.

---

[1]) Германская практика, см. *C. Demmler*. Das gerichtliche Geständnis von Rechtsverhältnissen. (Diss.) Stuttgart. 1895, стр. 42.—французская практика. см. *M. Planiol*. Traité élémentaire de droit civil. t. II (1902), стр. 9. *Demolombe*, t. XXX, n⁰. 498; *Baydry-Lacantinerie*, II, n⁰. 1296. Cass. 27 nov. 1883, S. 85. 1. 66; 9 janv. 1889, S. 89. 1. 118; 25 janv. 1893, S. 93. 1. 244; 16 mai 1905, D. 08. 1. 92.—Англійская суд. практика, см. *E. Schuster*. Die bürgerliche Rechtspflege in England. Berlin 1887, стр. 119.—Русская доктрина, см. *Малининъ* Судебное признаніе въ гражд. дѣлахъ. Записки Имп. Новорос. Унив. т. 22 (1877 г.), 10.—*К. Анненковъ*. Опытъ Комм. къ У. Г. С. т II, Спб. 1880, стр. 331 сл.

[2]) *O. Bülow*. Des Geständnissrecht. Freiburg 1899, стр. 84: Суд. признаніе «liefert blos ein *Betrag* zu der Gesammtwirkung aller. nur in ihrer Vereinigung wirksamen Prozesshandlungen».

[3]) *O. Bülow*, ук. с. стр. 74—85 доказываетъ, что процессуальныя дѣйствія имѣютъ на содержаніе рѣшенія *процессуально*-правовое, т. е. *публично*-правовое вліяніе. А тѣмъ самымъ исключена возможность обсуждать какое-либо процесс. дѣйствіе, какъ *актъ распоряженія* своими интересами.

«Суд. признаніе есть отреченіе отъ защиты противъ *даннаго* противника, и потому освобождаетъ лишь этого послѣдняго и только въ соотвѣтствующемъ процессѣ» [1]). Суд. признаніе вытекаетъ изъ *права распоряженія*, а потому признающемуся не могутъ быть навязаны послѣдствія того акта, который онъ совершилъ по отношенію къ одному избранному имъ лицу, также по отношенію и къ другому любому лицу [2])

Но это послѣднее объясненіе не выдерживаетъ критики. Какъ мы показали въ нашей статьѣ «Къ ученію объ основныхъ началахъ гражд. процесса» [«Сборникъ» въ память проф. Г. Ф. Шершеневича], «диспозитивная теорія» опровергнута новѣйшими теченіями въ области науки гражд. процесса [3]), и во всякомъ случаѣ правовый эффектъ акта опредѣляется закономъ, а не усмотрѣніемъ частнаго лица. Замѣтимъ здѣсь, что не всякое

---

И суд. признаніе вызываетъ свой эффектъ не непосредственно, самостоятельно,—а лишь при взаимодѣйствіи съ подготовительными къ рѣшенію дѣйствіями суда—и въ связи и взаимной зависимости съ другими дѣйствіями сторонъ въ процессѣ. Ср. *К. П. Побѣдоносцевъ.* Судебное Руководство, тезисъ 760: «Признаніе на судѣ сдѣланное невозможно отдѣлить отъ цѣлаго состязанія и отъ всего производства, и, вынувъ изъ дѣла,—перенести въ иное состязаніе и въ иное производство». *К. Анненковъ*, II, 351: «вѣрную оцѣнку сознанія возможно сдѣлать не иначе, какъ только въ связи съ тѣмъ состязаніемъ, при которомъ оно послѣдовало и внѣ его оно можетъ получить совсѣмъ иной смыслъ». *Малышевъ*, ук. с. 23, такъ объясняетъ ограниченную силу суд. признанія: это «обусловливается тѣмъ, что оно, въ существѣ своемъ, опредѣляется тѣми обстоятельствами, въ какія бываетъ поставленъ тяжущійся въ данномъ, именно, производствѣ и о данномъ спорномъ правоотношеніи: при данныхъ средствахъ своей защиты, въ виду преимущества таковыхъ на сторонѣ противника, тяжущійся можетъ признать заявленіе противника»...

[1]) *v. Canstein.* Rat. Grund., 34 различаетъ *формальное* и *матеріальное* (=свидѣтельство по убѣжденію совѣсти) признаніе. «Формальное суд. признаніе не есть доказательство (Beweisgrund), оно есть проявленіе *права распоряженія*, въ предѣлахъ даннаго процесса. Въ другомъ процессѣ, оно, подобно внѣсудебному признанію, можетъ имѣть значеніе самое большее, какъ основаніе для предположенія (Vermuthungsgrund)».

[2]) *Gensler.* Ueber die Begriffe: Beweis etc. Arch.-Prax. I (1829), стр. 32, ссылаясь на римскіе источники, доказываетъ: «der Confitent im Verhältniss *zu einem Mitbürger* etwas einräumen darf, was nicht materiell wahr ist, und was er *dem andern* Mitbürger nicht zugestehen will». *Малышевъ*, ук. с. 23: «Какъ добровольное принятіе процессуальныхъ юридическихъ послѣдствій объявленія безспорными данныхъ обстоятельствъ дѣла, признаніе имѣетъ значеніе только между *договаривающимися* (!) лицами, и по предмету своему далѣе предѣловъ даннаго случая не имѣетъ значенія».—*Gesterding.* Ausbeute, 118: «спорящая сторона могла имѣть особыя основанія признавать что-либо одному, чего она другому *не желаетъ* признавать».

[3]) Къ подробному анализу этой теоріи мы вернемся въ статьѣ: «Юридическая природа суд. признанія».

признаніе въ живой дѣйствительности представляется «отреченіемъ отъ защиты», а чаще и, можно даже утверждать,—преимущественно есть *свидѣтельствованіе правды*, и въ этой роли скорѣе мы должны были бы придать суд. признанію внѣ-процессуальную силу, ибо оно *устанавливаетъ* (feststellt) истину! [1])

Замѣтимъ, далѣе, что «теорія распоряженія» и «доказываетъ слишкомъ много»! А «qui prouve trop ne prouve rien». Дѣло въ томъ, что «диспозитивное» судебное признаніе, сдѣланное въ *другомъ* процессѣ, не можетъ почитаться сдѣланнымъ съ *волею* (animus confitendi!), чтобы оно разсматривалось въ позднѣйшемъ процессѣ, даже какъ *внѣсудебное*! Чтобы остаться логичными, нѣкоторые юристы пришли и къ такому утвержденію: «animus confitendi» ограничиваетъ даже просто *доказательную* силу признанія тѣмъ процессомъ, въ коемъ оно сдѣлано [2]). Надо ли еще терять время, чтобы опровергать такія теоріи?!...

Наконецъ, третья группа ученыхъ, представленная многочисленными авторитетами, разсматриваетъ признаніе, какъ *«формальное доказательство»*. Среднимъ числомъ весьма правдоподобно, что признаніе соотвѣтствуетъ истинѣ. Во имя этого вѣроятія законъ и придаетъ признанію формальную силу. Въ меньшемъ числѣ случаевъ, это предположеніе закона не оправдывается, но они покрываются принципомъ *самоотвѣтственности* (Selbstverantwortlichkeit), въ силу котораго сторона должна пенять на саму себя, если она ухудшитъ свое положеніе, и—принципомъ *процессуальной экономіи* (Prozessökonomie), требующимъ вѣрности своему слову, во имя быстроты производства [3]).

---

[1]) И самъ *v. Canstein*, какъ мы видѣли, долженъ былъ установить этотъ второй видъ признанія. Но, спрашивается, гдѣ *законная* почва для такого различенія? И какъ отличить въ отдѣльномъ случаѣ,—съ какимъ видомъ признанія мы имѣемъ дѣло?

[2]) *v. Canstein*, ук. соч. Zeitsch. f. Civilpr. 1, 360. *Малышевъ*, ук. с., 10: такое признаніе не можетъ быть разсматриваемо въ другомъ производствѣ, даже какъ свидѣтельскія показанія, ибо оно не всегда констатируетъ фактическую истину.

[3]) *Dr. R. Pollak*. Gerichtliches Geständniss im Civilprozesse. Berlin 1893, стр. 58 сл. 171 сл. *O. Bülow*, ук. с., 226 сл. *R. Schmidt*. Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. (2 Aufl.). Leipz. 1906, стр. 494. *Degenkolb*. Beiträge zum Zivilprozess. Leipz. 1905, стр. 154 сл. и др.

Отсюда вытекаетъ, что эффектъ суд. признанія ограничивается *тѣмъ процессомъ, въ которомъ оно сдѣлано*. Это—потому, что признаніе есть формальное средство доказательства, доказательная сила коего *не всегда* черпается изъ презумпціи истинности. *Внѣ же процесса* эта фикція правдивости не оправдывается принципами «самоотвѣтственности» (Selbstverantwortlichkeit) и «процессуальной экономіи» (Prozessökonomie) [1].

Логическая ошибка такого разсужденія бросается въ глаза. Сначала представители указ. теоріи доказываютъ, что лживыя признанія суть *исключенія* (Ausnahmsfälle), которыя покрываются принципами «Selbstverantwortlichkeit» и «Prozessökonomie» (и поэтому-де съ ними не считаются!). А затѣмъ, при обсужденіи силы признанія *внѣ даннаго процесса* эти лживыя признанія возводятся въ принципъ. «Презумпція истинности» отпадаетъ, и, благодаря немногимъ «исключительнымъ случаямъ», опорачиваются сразу *всѣ* признанія!

Итакъ, каково же оправданіе ограничительной силы дѣйствія судебнаго признанія? Почему каждое судебное признаніе есть *процессуальное* признаніе? Не достаточно, чтобы оно было дано «передъ судомъ», надо, чтобы оно было сдѣлано передъ *даннымъ* судомъ, разрѣшающимъ *конкретное* дѣло!

Намъ думается, что объясненіе этого ученія отнюдь нельзя искать въ общихъ, ставшихъ уже банальными, разсужденіяхъ объ оправданіи вообще различія доказательной силы судебнаго и внѣсудебнаго признанія: внѣсудебное-де признаніе не имѣетъ той силы, что судебное, такъ какъ *на судѣ* стороны «pèsent leurs paroles; а *внѣ суда* дѣлаютъ заявленія «à la légère» (*Laurent*, ук. с. 192).

Итакъ, психологическій моментъ: безусловная серьезность въ теченіи процесса и непремѣнно—легкомысліе въ обыденной жизни!

Но ясно, что, съ точки зрѣнія этого ученія, заявленіе, учиненное въ административныхъ учрежденіяхъ

---

[1]) *R. Pollak*, ук. с. 171. За нимъ слѣдуютъ всѣ авторы, указанные въ предыдущемъ примѣчаніи.

и даже въ полиціи, должно пользоваться силою «серьезнаго» признанія. Вѣдь, не всегда же оно дѣлается «à la légère»! Правда не можетъ быть относительной! Тѣмъ паче,—признаніе учиненное «на судѣ»! Вѣдь, тяжущійся не можетъ сказать: «то, что я признаю будетъ вѣрнымъ въ настоящемъ процессѣ, но заявленіе перестанетъ быть вѣрнымъ въ будущихъ возможныхъ процессахъ».

И, съ другой стороны,—почему придавать меньшую доказательную силу признанію, сдѣланному письменно одной стороной ея противнику *въ теченіи процесса*? Неужели и этотъ шагъ обсуждать, какъ поступокъ «à la légère», и почему же и съ нимъ не считаться, какъ съ *судебнымъ* признаніемъ? [1]). Казалось бы, что сторона въ теченіи процесса должна быть особенно осторожна и сдержанна въ своихъ отношеніяхъ къ противнику и внѣ стѣнъ суда, и мы должны, казалось бы, исходить отъ презумпціи, что оно такъ и есть на самомъ дѣлѣ.

А между тѣмъ, вопреки презумпціи достовѣрности, это внѣ суда сдѣланное признаніе будетъ *внѣсудебнымъ*! Не потому ли, что оно является *внѣ-процессуальнымъ* актомъ?

Многіе ученые такъ и объясняютъ проблему. *Hellwig* [2]), *Degenkolb* [3]), *Demmler* [4]), *Hölder* [5]), *L. Rosenberg* [6]) ученые подробно разработали вопросъ объ юридической природѣ суд. признанія, какъ «чисто *процессуальнаго дѣйствія*». Суд. признаніе есть «Prozesshandlung», и потому можетъ имѣть силу лишь въ текущемъ процессѣ. Вѣдь, процессуальныя дѣйствія

---

[1]) Таково именно, мнѣніе *Laurent*, ук. с. 196, и французской судебной практики.

[2]) *K. Hellwig.* Anspruch und Klagrecht, 157 сл; *его-же*: Prozesshandlung und Rechtsgeschäft. Berlin 1910, стр. 7, 23—28: «Das Geständniss ist eine Prozesshandlung».

[3]) *H. Degenkolb.* Beiträge, 152: процесс. эффектъ признанія исчерпывается въ его свойствѣ, какъ «prozessualer Urteilsgrund für das dem Klaganspruch entsprechende Urteil».

[4]) *C. Demmler*, ук. с. 42.

[5]) *E. Hölder.* Die Natur des gerichtl. Gest. Zeitsch. f. d. Civilprozess. Bd. XXVIII (1901), 390.

[6]) *Leo Rosenberg.* Stellvertretung im Prozess. Berlin 1908, стр. 86 сл.

служатъ исключительно тому, чтобы двигать впередъ, измѣнять и приводить къ концу процессуальное отношеніе, въ рамкахъ коего они предпринимаются»! Поэтому, дѣйствіе суд. признанія за предѣлами процесса немыслимо.

Наше личное мнѣніе по этому вопросу мы можемъ обосновать лишь послѣ того, какъ подробно изложимъ (въ особой работѣ) нашу концепцію понятія «*процессуальнаго дѣйствія*» и *юридической природы* суд. признанія [1]).

Мы не только не отрицаемъ, что суд. признаніе есть «*процессуальное дѣйствіе*», но даже идемъ еще дальше, чѣмъ наши предшественники, или не рѣшавшіеся сдѣлать изъ этой конструкціи надлежащіе выводы, или находящіе нужнымъ примѣшивать въ это построеніе чуждые этому понятію элементы [2]).

Но мы полагаемъ, что это — не исчерпываетъ и не разрѣшаетъ проблемы, и что, съ *теоретической точки зрѣнія*, должны быть присоединены соображенія чисто утилитарнаго характера. Въ современномъ процессѣ признаніе (какъ отдѣльныхъ фактовъ, такъ и притязанія въ цѣломъ), какъ и отреченіе отъ иска, не исключаютъ понятія процесса, который длится до тѣхъ поръ, пока не послѣдуетъ *рѣшеніе*. Не окончаніе спора, а суд. рѣшеніе оканчиваетъ процессъ. Поэтому, указанныя дѣйствія, какое бы содержаніе они ни имѣли, даютъ лишь *матеріалъ* для сужденія суда [3]). А судъ преслѣдуетъ одну задачу: *установленіе спорнаго отношенія* [4]), т. е. выясненіе истины, какъ она была въ дѣйствительности, а не такъ, какъ она представлялась сторонамъ или ими «желалась» [5]).

---

[1]) Ср. пока нашу статью: «Къ ученію объ основныхъ началахъ гражд. процесса» въ «Сборникѣ» въ память проф. Шершеневича.

[2]) См. напр. *I. Kohler*. Prozesshandlungen mit Civilwirkungen. Zeit. f. d. Civilpr. XXIX (1901) § 13, стр. 37 сл., разсматриваетъ суд. признаніе, какъ *юридическую сдѣлку*, и дѣлаетъ отюда выводы, что его сила независима отъ дѣйствительности процесса. На той же почвѣ стоитъ и *Trutter*, *A. Wach*, *Görres*, *Schanberg*, *Hölder*, *Nussbaum*, *Motive z. C. P. O.*

[3]) *L. Rosenberg*. Stellv.. 98.

[4]) *K. Hellwig*. Lehrbuch. I (1903), 2: «Fertstellung des Sachverhältnisses». Ср. D. C. P. O. § 139; ст. 335, 338, 339 У. Г. С.

[5]) Поэтому, неправъ *K. Schneider*, Ueber richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im Civilprozesse. Leipz. 1888, стр. 62, онъ

Иначе говоря, цѣль судоотправленія въ отдѣльномъ случаѣ не можетъ считаться достигнутой до тѣхъ поръ, пока не исчерпаны всѣ законныя мѣры къ установленію фактическихъ отношеній, лежащихъ въ основаніи спора. Признаніе есть (безприсяжное) *свидѣтельствованіе* въ своемъ дѣлѣ и относится къ той группѣ процессуальныхъ дѣйствій, которыя объединяются общимъ именемъ «*утвержденій*» (Behauptungen). Неправильныя свидѣтельствованія ведутъ къ неправильнымъ рѣшеніямъ, и въ этомъ отношеніи являются для правопорядка нежелательными. Поэтому, съ правно-политической точки зрѣнія,—достиженія матеріальной истины,—необходимо было бы допустить *свободное опроверженіе* своихъ личныхъ признаній, путемъ представленія противодоказательствъ; и если законъ ставитъ здѣсь препоны, то это обязано не той или иной юридической природѣ признанія,—а технически-процессуальнымъ цѣлямъ: предотвращенія проволочки процесса и шиканы тяжущагося [1].

Здѣсь преслѣдуются и удовлетворяются чисто процессуальные интересы! [2])

И если, съ точки зрѣнія общихъ непосредственныхъ задачъ правосудія, желательно возможно больше простора и для судьи въ дѣлѣ *оцѣнки* признанія, и для самаго признавшагося, относительно его *опроверженія*, и въ литературѣ раздаются авторитетные голоса за раскрѣпощеніе этого института изъ тисковъ отвлеченныхъ и нежизненныхъ теорій [3]), то—тѣмъ паче—нѣтъ основаній для фиксаціи силы признанія внѣ рамокъ даннаго процесса на всѣ времена и на всѣ процессы!

---

выясненіе *воли* сторонъ ставитъ въ самостоятельную и вполнѣ правомѣрную цѣль суда. «Die richterliche Ermittlungsthätigkeit auch darauf ginge, aufzudecken und klarzustellen, was die Parteien vorbringen *wollen*».

[1]) Съ точки зрѣнія всѣхъ существующихъ теорій о *юридической природѣ* признанія,—какъ мы докажемъ въ особомъ изслѣдованіи,—*неопровержимость* признанія является недоказанной и необоснованной!

[2]) *Contra*—господствующая доктрина. См. напр. *L. Möhring*. Die Natur und Kraft des Geständnisses im Civilprozess. Berlin 1885, стр. 24: Die Kraft ist ein Erzeugniss der Natur, eine Aeusserung derselben, aus der auf die Natur geschlossen werden muss».

[3]) См. въ особенности: *Demelius*. Die Confessio. Graz. 1880, 6, 236 сл. passim. *Endemann*. Die D. C. P. O., Bd. II, с. 77 сл.; *H. Wittmaack*. Das gerichtliche Geständnis. Arch.-Praxis. Bd. 88 (1898), стр. 7 сл.

И если *внутри* процесса связующая (сторону) сила признанія является для стороны наказаніемъ «не въ мѣру содѣяннаго», то карать тяжущагося во всѣхъ послѣдующихъ процессахъ за «грѣхъ» прошлаго было бы не только строгой, но и безпощадно-суровой карой.

И намъ не должно казаться страннымъ, что судебное признаніе, въ моментъ его учиненія, получаетъ заразъ два значенія: — неопровержимой, *формальной правды* для даннаго процесса, и — относительнаго въ своей силѣ *доказательства* для всѣхъ послѣдующихъ процессовъ! Въ новомъ процессѣ старое судебное признаніе сохранитъ свою силу судебнаго признанія въ его доказательной части. Судъ всегда съ нимъ будетъ считаться также, какъ съ *судебнымъ* признаніемъ. Но теперь оно можетъ быть опровергаемо—при условіи возложенія «onus probandi» на признавшагося—путемъ представленія противодоказательствъ,—и въ этомъ его сходство съ *внѣсудебнымъ* признаніемъ.

Иное рѣшеніе вопроса мы должны дать въ томъ случаѣ, если на гражданскомъ судѣ обсуждается сила признанія, сдѣланнаго *на судѣ уголовномъ*.

Сенатъ установилъ такое положеніе: признаніе при уголовномъ производствѣ имѣетъ значеніе для суда гражданскаго лишь, какъ *доказательство*, оцѣниваемое по внутреннему его содержанію (1879/192; 1875/410) [1]).

---

[1]) Въ К. Р. 1875/410. С. Палата признала похищеніе и присвоеніе вещей г.г. К-ми, единственно на основаніи сдѣланнаго въ *уголовномъ* судѣ сознанія *одного* изъ подсудимыхъ (въ уголовномъ судѣ они были оправданы). Кассаторъ указывалъ на нарушеніе ст. 482 У. У. С.—Сенатъ: «Нарушеніе ст. 482 могло бы быть усмотрѣно въ рѣшеніи С. П. только въ томъ случаѣ, если бы она по настоящему дѣлу показанію К-ыхъ въ уголовномъ судѣ придала силу *признанія*. Но С. П., оцѣнивая это показаніе К-ыхъ, вовсе не придавала ему *юридической силы и значенія* признанія, предусмотрѣннаго въ ст. 479 сл. У. Г. С. Она разсмотрѣла это показаніе, записанное въ протоколѣ о. с. по уголовному дѣлу, какъ одно изъ *доказательствъ*, представленныхъ по гражд. дѣлу *въ удостовѣреніе тѣхъ или другихъ фактовъ*, и, оцѣнивая силу доказательствъ, признала, что это показаніе *удостовѣряетъ* фактъ заклада К-ыми вещей, принадлежавшихъ Н-му безъ согласія сего послѣдняго. Такимъ образомъ, не усматривается и нарушенія ст. 482 У. Г. С».—Въ К. Р. 1878/131: «признаніе въ протоколѣ *судебнаго слѣдователя* не имѣетъ значенія собственнаго признанія тяжущагося на судѣ (ст. 479). Но протоколъ судебнаго слѣдователя. представленный въ гражд. судъ, есть *письменное доказательство* (ст. 438 У. Г. С.), которое въ связи съ другими обстоятельствами дѣла, можетъ служить доказательствомъ». Въ томъ же смыслѣ и 4-й Д-тъ Прав. С. 1896/1013, 1015.

Аргументы Сената не сложны: 1) ссылаясь на мѣсто ст. 479 и сл. въ У. Г. С., Сенатъ утверждаетъ, что ст. 479 имѣетъ въ виду лишь судъ *гражданскій*.

Во 2-хъ, «законъ (ст. 112, 480) предусматриваетъ при заявленіи признанія наличность сторонъ, стоящихъ на судѣ другъ противъ друга съ противоположными интересами,—сторонъ, изъ коихъ одна *пользуется* въ защиту своего права тѣмъ *заявленіемъ* другой стороны, въ которомъ видитъ благопріятное для себя признаніе того или другого обътоятельства, а наличность такого взаимнаго положенія сторонъ по возникшему между ними гражданскому спору возможна, очевидно, только въ гражд. судѣ».

Мы полагаемъ, что эти аргументы не убѣдительны. Мѣсто, занимаемое нормой въ Сводѣ Зак., не имѣетъ рѣшающаго значенія. Ибо куда же, въ самомъ дѣлѣ, помѣстить ст. 479, какъ не въ *У. Г. С.!?* А, съ другой стороны, ст. 479 говоритъ о «судѣ», не различая судъ гражданскій отъ суда уголовнаго. (Ср ст. 1 У. Г. С. «судебныя установленія», въ связи съ ст 5 У. Г. С.). Что же касается другого соображенія, то оно было бы основательно, если сила признанія зависѣла бы отъ *принятія* его противникомъ. Между тѣмъ,—какъ увидимъ ниже—*acceptatio* признанія не есть необходимый реквизитъ понятія признанія Это—«communis opinio doctorum»,—и самого Сената (1870/1873, 1875/712, 1878/245, 1879/64).

Мы лично полагаемъ, что показаніе сдѣланное на судѣ уголовномъ или на судѣ гражданскомъ (въ 1-ой инстанціи) *свидѣтелемъ* по дѣлу имѣетъ силу судебнаго признанія для суда гражданскаго, въ коемъ этотъ свидѣтель затѣмъ выступаетъ стороною. Вѣдь, онъ давалъ свои показанія подъ присягою, т. е. былъ *юридически обязанъ* къ правдивости! [1]). Признаніе, сдѣланное на

---

[1]) Contra:—*Малининъ*, ук. с. 43, утверждающій, что это показаніе остается *свидѣтельскимъ* показаніемъ, и имѣетъ лишь силу такового. Но авторъ, повидимому, не знаетъ, что все затрудненіе трактовать признаніе, какъ *свидѣтельствованіе* (Selbstzeugniss) всѣми учеными усматривается, именно, въ томъ, что оно не дается подъ *присягою* («unter Wahrheitspflicht»). И разъ оно дается подъ присягою, то нѣтъ основанія не обсуждать его, какъ «formeller Beweisgrund». См. *Canstein*, ук. с. Zeitsch. Civilpr. I, 336. На той же точкѣ зрѣнія стоятъ и *Endemman* и *Renaud* и др.

судѣ уголовномъ *посудимымъ*, также для суда гражданскаго является судебнымъ признаніемъ, если гражданское дѣло возникло изъ того преступленія, по коему дано признаніе (ст. 5 У. Г. С.). Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь, обсуждали бы мы его признаніе, какъ *судебное*, если бы гражданскій искъ разсматривался судомъ *уголовнымъ* (ст. 5 У. Г. С.) ?! Почему же на судьбу признанія должно повліять случайное распаденіе «соединеннаго процесса» на два производства?

По этимъ соображеніямъ, указанную практику Сената мы считаемъ неправильной.

*(Окончаніе слѣдуетъ).*

---

# Изъ иностранныхъ журналовъ.

---

## Американскіе проекты всемірнаго международнаго суда и слѣдственныхъ комиссій.

E. Lehr. La cour suprême du monde d'après les propositions récentes d'hommes d'état et de jurisconsultes de l'Amérique du Nord, et le plan de paix Wilson-Bryan. Revue de droit international. 1914, № 2, p. 136—156.

Международный третейскій судъ вошелъ въ моду послѣ удачнаго разрѣшенія Алабамскаго дѣла; теперь система изолированныхъ третейскихъ трибуналовъ уже завершилась учрежденіемъ Гаагской палаты постояннаго суда, въ которой числятся представители 44 государствъ Европы, Азіи и Америки.

Естественно, что американскіе публицисты и государственные люди не могли остаться безучастными въ отношеніи дальнѣйшаго развитія третейской юстиціи.

Четыре года тому назадъ образовалось спеціальное общество—American Society for judicial settlement of international disputes, въ которомъ подъ почетнымъ предсѣдательствомъ бывшаго президента С.-А. С. Штатовъ Тафта объединились выдающіеся юристы Сѣверной Америки при сотрудничествѣ европейскихъ ученыхъ. Общество собираетъ ежегодные съѣзды для обсужденія вопросовъ объ арбитражѣ и публикуетъ серію монографій, которыя оно щедро разсылаетъ всѣмъ интересующимся проблемою мира и права. Одна изъ послѣднихъ работъ, изданныхъ Обществомъ, принадлежитъ перу Г. Макфарлана (The supreme court of the World. Toronto 1913. 42 стр.); она доказываетъ, что необходимо дать болѣе прочную организацію современной международной юстиціи и что временные третейскіе суды суть ничто иное, какъ только одинъ изъ начальныхъ этаповъ этой организаціи.

Спорящія стороны легче обращаются къ суду, если этотъ судъ организованъ заранѣе, состоитъ изъ спеціалистовъ, лицъ безпристрастныхъ и не находящихся въ зависимости отъ су-

дящихся державъ. Преемственность рѣшенiй и однообразiе практики обезпечивается точно также несравненно лучше при наличности постояннаго суда. Этотъ послѣднiй обходится дешевле, что уменьшаетъ расходы процесса. Всемiрный судъ можетъ быть образованъ на подобiе федеральнаго суда С. Штатовъ, рѣшающаго конфликта между автономными штатами.

Въ организацiи Гаагской палаты есть существенный недостатокъ въ томъ отношенiи, что далеко не всѣ ея члены суть профессiональные судьи и юристы и что нѣтъ единообразiя въ производствѣ дѣлъ. Обыкновенно допускаютъ на практикѣ присутствiе въ составѣ третейскихъ комиссiй подданныхъ спорящихъ сторонъ, выбираютъ также въ судьи подданныхъ державъ союзныхъ или дружественно расположенныхъ къ одной изъ спорящихъ сторонъ, не обращая вниманiя на способность членовъ суда и на ихъ незаинтересованность въ исходѣ процесса. Вслѣдствiе этого рѣшенiя суда болѣе походятъ на сдѣлки, на компромиссы, чѣмъ на судебные приговоры. Кромѣ того Гаагская палата слишкомъ велика, чтобы засѣдать въ видѣ единаго судебнаго учрежденiя: 150 членовъ ея не могутъ составить истинно коллегiальнаго учрежденiя, всегда дѣйствующаго и объединеннаго однимъ духомъ.

Въ виду этого предпочтительнѣе образовать судъ изъ делегатовъ шести европейскихъ державъ, С.-А. С. Штатовъ, Японiи и Голландiи, какъ хозяйки мѣста собранiй суда; можно увеличить составъ суда до 15 членовъ и остальныхъ шесть судей предоставить назначать остальнымъ, малымъ державамъ, по очереди. Всѣ судьи должны проживать въ Гаагѣ и судъ долженъ быть всегда готовъ къ дѣйствiю.

Этотъ планъ Г. Макфарлана въ практическомъ осуществленiи, разумѣется, встрѣтитъ препятствiя въ томъ отношенiи, что обойденныя при вербовкѣ членовъ суда державы врядъ ли легко примирятся съ ихъ обходомъ и врядъ ли къ этому суду будутъ добровольно обращаться при всѣхъ международныхъ спорахъ; чтобы судъ фактически дѣйствовалъ постоянно и всегда, нужно не только самопожертвованiе малыхъ державъ, но и согласiе всѣхъ вообще державъ, заранѣе ясно выраженное. Федеральный судъ С. Штатовъ едва ли можетъ служить примѣромъ, такъ какъ онъ разбираетъ споры въ предѣлахъ одного государства и его рѣшенiя подкрѣпляются силами федеральнаго правительства.

Кромѣ проекта Г. Макфарлана слѣдуетъ отмѣтить планъ водворенія всеобщаго мира, выработанный президентомъ С. Штатовъ Вильсономъ и государственнымъ секретаремъ Штатовъ В. Брайяномъ. Тогда какъ американское Общество выдвигаетъ планъ верховнаго всемірнаго суда, вмѣсто современной третейской юстиціи, Вильсонъ съ В. Брайяномъ предлагаютъ упрочить, путемъ сепаратныхъ трактатовъ между всѣми державами міра, систему международныхъ слѣдственныхъ комиссій.

Эти комиссіи введены въ Гаагскій договоръ по почину Россіи, но на практикѣ былъ всего лишь одинъ случай ихъ примѣненія, именно въ 1904 году въ дѣлѣ между Россіей и Англіей.

Планъ Вильсона—Брайяна редактированъ въ формѣ договора. Въ немъ договаривающіяся державы соглашаются, что всѣ споры, какіе не будутъ улажены путемъ дипломатическихъ переговоровъ, будутъ поручаться слѣдственной комиссіи (ст. 1). Въ эту комиссію входятъ по одному изъ подданныхъ сторонъ и по одному изъ подданныхъ какой либо третьей державы, выбираемые каждою стороною отдѣльно, а пятый судья назначается по взаимному соглашенію сторонъ; комиссія эта учреждается четыре мѣсяца спустя послѣ обмѣна ратификацій и выбывающіе изъ нея члены замѣняются такимъ же порядкомъ, какимъ были назначены выбывшіе (ст. 2). Комиссія составляетъ докладъ въ теченіи годового срока послѣ начала разслѣдованія; комиссія можетъ дѣйствовать и по собственной иниціативѣ, но съ вѣдома сторонъ и при ихъ помощи (ст. 3).

Этотъ планъ былъ сообщенъ дипломатическимъ представителямъ всѣхъ державъ въ Вашингтонѣ; въ принципѣ согласіе на него къ концу 1913 года было получено отъ 29 державъ, между прочимъ отъ всѣхъ великихъ державъ. Не получено еще согласія только отъ Колумбіи, Экуадора, Уругвая, Венецуэллы, Греціи, Персіи, Сіама и Японіи.

Кромѣ того восемь государствъ уже подписали договоры съ С. Штатами о слѣдственныхъ комиссіяхъ, именно Сальвадоръ, Гватемала, Панама, Гондурасъ, Санъ-Доминго, Никарагуа, Голландія и Швейцарія.

Надо добавить, что подобные договоры могутъ существовать одновременно съ договорами о третейскомъ судѣ и о всемірномъ верховномъ судѣ и къ слѣдственнымъ комиссіямъ воз-

можно обращаться ранѣе, чѣмъ дѣло будетъ поручено третейской комиссіи или постоянному суду.

*Н. Н. Голубевъ.*

---

## Допущеніе и высылка иностранцевъ въ Англіи.

E. Pépin. De l'admission et de l'expulsion des étrangers en Angleterre. Journal du droit international privé. 1914. № 3—4, p. 425—437. [1])

Законъ 1905 года не является безусловно новымъ мѣропріятіемъ въ исторіи отношенія Англіи къ иностранцамъ. Еще начиная съ эпохи французской революціи, съ 1793 года и по 1826 годъ было издано нѣсколько актовъ, регулирующихъ допущеніе и высылку иностранцевъ; впослѣдствіи, по прекращеніи внѣшнихъ войнъ и внутреннихъ смутъ, вызвавшихъ эти акты, английское правительство также не прекращало контроля надъ передвиженіемъ иностранцевъ, нормировавшимся въ то время актами о регистраціи иностранцевъ. Въ 1905 году еще не прекратилъ своего дѣйствія послѣдній по времени регистраціонный актъ 1863 года; онъ былъ замѣненъ съ 1 января 1906 года закономъ 1905 года, уничтожившимъ обязательное заявленіе о выборѣ опредѣленнаго мѣстожительства. Въ отличіе отъ старыхъ актовъ, актъ 1905 года имѣетъ характеръ мѣры постоянной, предпринимаемой не на опредѣленное число лѣтъ, а на неопредѣленное время и распространяется онъ кромѣ собственно Англіи, также и на Шотландію съ Ирландіей.

Особому инспекторскому надзору подлежатъ иммигранты—палубные пассажиры, переселяющіеся на жительство въ предѣлы Соединеннаго Королевства. Эмигрантскіе пароходы, каковыми считаются суда, имѣющія на борту 20 или болѣе иностранцевъ эмигрантовъ (steerage passenger), допускаются къ высадкѣ пассажировъ въ 14 указанныхъ закономъ и министерскими распоряженіями портахъ; не подлежатъ надзору 1) каютные пассажиры, 2) иностранцы въѣзжающіе въ Англію

[1]) Настоящая статья написана авторомъ, недавно выпустившимъ въ свѣтъ монографію по вопросу объ актѣ 1905 года: E. Pépin. L'Aliens Act de 1905. Causes et résultats, avec une préface de M. Louis Renault. Paris 1913. XII+516 p. (Ср. рецензію на эту книгу въ Revue de dr. int. 1914. № 3, p. 323—324).

на опредѣленный срокъ и 3) проѣзжающіе черезъ англійскую территорію иммигранты, которые направляются въ другую страну для поселенія. Всѣ остальные подвергаются опросу чиновника и медицинскому осмотру, послѣ котораго иммигрантъ или допускается въ страну, или же признается «нежелательнымъ».

Прегражденъ доступъ можетъ быть въ трехъ случаяхъ: 1) если иммигрантъ не имѣетъ достаточныхъ средствъ для своего безбѣднаго существованія и прокормленія своей семьи, 2) если онъ страдаетъ душевною болѣзнью или идіотизмомъ, или же находится въ такомъ состояніи, что можетъ легко пасть бременемъ на общественныя средства, и 3) если онъ совершилъ какое либо неполитическое преступленіе.

Жалобы на неправильное примѣненіе закона чиновникомъ вѣдомства иммиграціи подаются въ Immigration Board, учрежденіе, являющееся административнымъ судилищемъ и разбирающее окончательнымъ образомъ вызвавшее апелляцію дѣло въ 24 часа по предъявленіи жалобы; въ случаѣ недопущенія иностранца въ страну, послѣдній препровождается въ его отечество или же въ портъ отправленія привезшаго его парохода.

Законъ 1905 года возобновилъ право высылки иностранцевъ, исчезнувшее послѣ 1826 года (если не считать временныхъ законовъ 1848 и 1882 годовъ). Высылкѣ, кромѣ уголовныхъ преступниковъ, подлежатъ «нежелательные» иностранцы, какъ-то пользовавшіеся въ теченіи трехъ мѣсяцевъ вспомоществованіемъ отъ прихода, скитавшіеся безъ видимыхъ къ существованію средствъ и живущіе въ антисанитарныхъ условіяхъ, вызванныхъ скученностью жилищъ. Высылка производится на основаніи судебно-административнаго разбирательства, на которое можетъ быть подана апелляція министру внутреннихъ дѣлъ.

Причиною побудившею англійское правительство издать актъ 1905 года, былъ избытокъ переселенцевъ, вредно отражавшійся на состояніи народнаго хозяйства. Въ 1901 году иностранное населеніе Англіи давало превышеніе въ 37% сравнительно съ 1891 годомъ. Нѣкоторые кварталы Лондона были почти сплошь заселены эмигрантами, главнымъ образомъ выѣхавшими изъ Россіи; число иностранцевъ, нуждавшихся въ помощи и благотворительности, въ Лондонѣ было 2766 въ 1901 году, а въ 1905 году уже 4595. Иммигранты жили въ переполненныхъ до послѣднихъ предѣловъ жилищахъ, нужда толкала ихъ на

преступленія; наиболѣе обычными деликтами были недозволенное производство алкоголя, содержаніе игорныхъ домовъ, порча монеты, проституція. Подъ вліяніемъ наплыва дешевыхъ рабочихъ рукъ, крѣпла и развивалась «потогонная система».

Благодѣтельное вліяніе новаго закона достигалось двоякимъ путемъ: путемъ превентивной мѣры—отказа отъ допущенія въ страну—и репрессивной—высылки страна очистилась до извѣстной степени отъ нежелательныхъ лицъ, либо предполагавшихъ переселиться въ Англію, либо развившихъ уже въ ней свою нежелательную Англіи дѣятельность.

Съ 1905 по 1913 годъ не было допущено 7594 человѣкъ: правда въ первой инстанціи было произведено 9421 отказъ—7008 вслѣдствіе отсутствія средствъ, 2409 вслѣдствіе болѣзненности иммигрантовъ, главнымъ образомъ вслѣдствіе трахомы и венерическихъ болѣзней, 4 лица подверглись высылкѣ, но во второй инстанціи нѣкоторыя жалобы были признаны правильными и вслѣдствіе этого изъ 4843 аппеллянтовъ было допущено въ страну 1827. Сравнительно со всѣмъ числомъ иммигрантовъ за эти восемь лѣтъ, число отказовъ довольно значительно. Помимо того высылкѣ министромъ внутреннихъ дѣлъ было подвергнуто 3144 иностранца.

Въ 1913 году число отказовъ въ доступѣ увеличилось до 1320, противъ 1149 въ 1912 году и 949 въ 1911 году, но за то сократилось количество случаевъ высылки до 337 вмѣсто 421 случаевъ 1912 года.

Ежегодный бюджетъ вѣдомства иммиграціи не превышаетъ 13500 фунтовъ стерлинговъ, для исправнаго функціонированія вѣдомства достаточно шести десятковъ чиновниковъ.

Всѣ лица, которымъ былъ прегражденъ доступъ или возвращеніе въ Англію, частью вернулись на родину, главнымъ же образомъ осѣли въ сосѣднихъ странахъ, въ Бельгіи, въ Германіи и преимущественно во Франціи; что касается послѣдней категоріи нежелательныхъ иностранцевъ, задержавшихся во Франціи, то противъ нихъ можно было бы принять необходимыя мѣры предосторожности, такъ какъ едва ли въ интересахъ Франціи принимать на свою территорію лицъ, признанныхъ нежелательными къ пребыванію въ Англіи.

*Н. Н. Голубевъ.*

---

## Проблема обязательнаго третейскаго суда.

Prof. O. Nippold. Das Problem der obligatorischen Schiedsgerichtsbarkeit. Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Band VIII. 1914. S. 1—55.

Вопросъ объ обязательномъ третейскомъ судѣ былъ на первой и на второй и, надо думать, будетъ и на третьей Гаагской конференціи однимъ изъ тѣхъ вопросовъ, которые привлекаютъ къ себѣ особенное вниманіе. Это можетъ сказать даже тотъ, кто не допускаетъ переоцѣнки института третейскаго суда и не признаетъ его, какъ это дѣлаютъ пасифисты, средствомъ всегда дѣйствительнымъ и пригоднымъ для предотвращенія всякой войны вообще. Въ самомъ дѣлѣ, здѣсь идетъ дѣло объ обязательствѣ обращаться въ будущемъ къ третейскому суду въ извѣстныхъ спорахъ и этимъ серьезнымъ характеромъ обязательный или, точнѣе говоря, организованный (institutionelle) третейскій судъ отличается отъ такъ называемаго факультативнаго, или, точнѣе говоря, случайнаго (isolirte) третейскаго разбирательства. Въ партикулярномъ международномъ правѣ въ наше время имѣется достаточно много подобныхъ соглашеній; спрашивается, поскольку возможно расширить предѣлы современной практики, мыслимо ли ввести обязательный арбитражъ въ гаагскія конвенціи, а затѣмъ и въ нормы всеобщаго международнаго права вообще, въ какомъ объемѣ и для какихъ категорій международныхъ несогласій.

Для рѣшенія этого вопроса существуютъ два способа—положительный и отрицательный; въ первомъ случаѣ должны быть перечислены споры, подлежащіе третейскому суду, во второмъ--ему не подвѣдомственные; въ первомъ случаѣ не устанавливается вовсе общаго принципа, во второмъ—провозглашается общее правило и указываются исключенія изъ этого правила.

Первый способъ исключается, такъ какъ на Гаагскихъ конференціяхъ уже признанъ общій принципъ желательности обязательнаго арбитража, остается для примѣненія второй способъ; все, такимъ образомъ, сводится къ тому, чтобы точнымъ образомъ формулировать оговорки, ограничивающія примѣненіе общаго принципа. Правда, возможна комбинація обоихъ

способовъ, что и примѣнено было на второй Гаагской конференціи, но опытъ этотъ говоритъ скорѣе противъ желательности примѣненія этой комбинаціи; система списка, перечня случаевъ, безусловно подлежащихъ суду, критиковалась особенно сильно, и не безъ основаній, германской делегаціей и противъ этой системы главнымъ образомъ, а не столько противъ самаго принципа обязательности суда, возражали на конференціи делегаты Германіи; первый способъ пригоднѣе въ сепартныхъ, частныхъ соглашеніяхъ, второй—въ коллективномъ, всеобщемъ трактатѣ. При наличности списка оказывается, что всѣ неперечисленныя въ немъ категоріи споровъ всегда могутъ болѣе или менѣе подлежать оговоркѣ, тогда какъ, если этого списка нѣтъ, всѣ вообще споры подлежатъ разбирательству и примѣненіе оговорки допускается лишь въ видѣ крайняго исключенія. Такимъ образомъ система списка ведетъ насъ мимо и внѣ намѣченной цѣли, эта цѣль достигается лишь признаніемъ принципа и точной резервацией изъятій изъ общаго правила.

Эта резервація иногда формулируется какъ исключеніе изъ области вѣдѣнія суда политическихъ споровъ; при такомъ толкованіи судъ можетъ разбирать лишь правовые споры. Но граница между конфликтами политическихъ интересовъ и столкновеніями юридическихъ притязаній весьма неопредѣленна. Правовымъ можетъ быть споръ и тогда, когда къ нему примѣшиваются политическія соображенія, а такихъ споровъ на практикѣ большое множество; чистыхъ споровъ о правѣ очень немного; изъ ничтожнаго юридическаго спора нерѣдко можетъ возникнуть серьезный политическій конфликтъ. Политическій вопросъ можетъ быть безъ особаго труда сведенъ къ спорному дѣлу о правѣ. Нельзя отдѣлить вполнѣ другъ отъ друга политическій и юридическій элементы междугосударственныхъ несогласій и невозможно въ каждый данный моментъ съ рѣшительностью утверждать, что мы имѣемъ передъ собою, вопросъ ли политическій, или споръ о правѣ; всякій споръ, даже имѣющій политическое значеніе, можно рѣшить путемъ третейскаго суда, если только можно установить юридически формулированныя и обоснованныя притязанія сторонъ, лежащія въ основѣ конфликта. Къ такому же выводу приходятъ и Ламмашъ, и Цорнъ, и фонъ-Мартитцъ.

Въ основу резерваціи, такимъ образомъ, не должно быть

полагаемо представленіе о политическомъ характерѣ столкновенія интересовъ двухъ или нѣсколькихъ государствъ; изъяты изъ области арбитража должны быть споры, гдѣ замѣшаны высшіе и жизненные интересы государства, гдѣ должны быть рѣшены вопросы касающіеся самаго его существованія. Этотъ терминъ— Lebensinteressen, или höchsten Jnteressen, или Existenzfragen— удачно соединяетъ въ себѣ тѣ частичныя оговорки, которыя встрѣчаются на практикѣ въ сепаратныхъ, дѣйствующихъ трактатахъ: государственное устройство, независимость, цѣлость, автономія, честь, суверенитетъ государства, права третьихъ державъ. Въ этой формулѣ содержится все необходимое, всѣ нужныя частности, она не широка и даетъ просторъ дальнѣйшему развитію арбитража. Если эта оговорка будетъ примѣняться только къ случаямъ, гдѣ дѣйствительно поставлены на карту народные жизненные интересы, наиболѣе драгоцѣнные для государства, то это съузитъ компетенцію третейскаго суда только въ самой необходимой мѣрѣ, въ томъ объемѣ, который требуется самымъ существомъ дѣла и характеромъ международнаго союза. Принятія этой формулы на Гаагской конференціи достаточно для исправнаго функціонированія третейской юрисдикціи; не требуется болѣе иныхъ оговорокъ и поясненій, перечисленій отдѣльныхъ категорій споровъ и различенія между юридическими и политическими конфликтами.

Преимущество такой формулировки состоитъ въ томъ, что in dubio третейскій судъ считается компетентнымъ разбирать дѣло. Кто хочетъ оспаривать его компетентность, тотъ долженъ нести на себѣ тяжесть доказательства; ссылка на оговорку должна быть всегда солидно обоснована. Этой обязанности представить основанія для уклоненія отъ суда достаточно для предотвращенія злоупотребленій оговоркою. Если ссылка будетъ сдѣлана неосновательно, то это легко можетъ быть констатировано и доказано Гаагскимъ третейскимъ судилищемъ; нельзя ожидать, чтобы это послѣднее стало отрицать наличность дѣйствительныхъ жизненныхъ интересовъ, мѣшающихъ обратиться къ суду, когда эти интересы существуютъ въ дѣйствительности.

*Н. Н. Голубевъ.*

---

# Критика.

**М. И. Митилино.** Право застройки (Опытъ цивилистическаго изслѣдованія института). Кіевъ. 1914. Цѣна 2 руб. 50 коп. II+268+XLIII.

Еще около 40 лѣтъ тому назадъ К. П. Побѣдоносцевъ въ своемъ учебникѣ гражданскаго права, указывая темы, которыя весьма желательно было бы разработать въ русской цивилистической литературѣ, на первомъ мѣстѣ отмѣтилъ ученіе о superficies, институтѣ, не имѣвшемъ тогда соотвѣтственнаго наименованія въ русской юридической терминологіи. Но, если въ то время изученіе названнаго института имѣло бы интересъ исключительно теоретическій, абстрактно-научный, то въ настоящее время, съ изданіемъ закона 1912 года о правѣ застройки, цивилистическое изслѣдованіе института superficies, иначе права застройки, пріобрѣло и сугубый практическій интересъ. Къ тому же изслѣдователь этого института находится въ весьма счастливомъ положеніи, обладая довольно обильнымъ позитивнымъ законодательнымъ матеріаломъ. Институтъ права застройки, помимо нашего отечественнаго и швейцарскаго законодательства, въ недавнее время получилъ подробную регламентировку въ двухъ враждебныхъ странахъ, которыхъ я предпочту не называть, но законодательство и наука которыхъ (въ особенности послѣдняя) до самаго недавняго времени оказывали немалое, если не сказать огромное, вліяніе на нашу науку и на наше законодательство. Особенно же богатый матеріалъ изслѣдователю могла бы дать англійская практика этого института, такъ какъ въ Англіи право застройки, именуемое lease, существуетъ уже въ продолженіе многихъ лѣтъ и даже вѣковъ.

Такимъ образомъ появленіе изслѣдованія, хотя бы односторонне цивилистическаго изслѣдованія, нашего института оставалось бы только привѣтствовать. Судя по заголовку разбираемаго сочиненія («опытъ цивилистическаго изслѣдованія института»

на первый взглядъ можетъ показаться, что книга г. Митилино представляетъ собою именно изслѣдованіе только что указаннаго характера. Но стоитъ только перелистать это сочиненіе, даже не читая его внимательно,—и въ васъ начнетъ закрадываться сомнѣніе, съ чѣмъ именно вы имѣете дѣло, съ научнымъ изслѣдованіемъ, или со своеобразнымъ справочникомъ.

Въ самомъ дѣлѣ. Въ концѣ книги приложено матеріаловъ на протяженіи 43 страницъ. Приложеніе такихъ матеріаловъ было бы вполнѣ умѣстно и въ научномъ изслѣдованіи, если бы авторъ, разработавъ недоступные архивные матеріалы, впервые опубликовалъ ихъ. Но какой смыслъ можетъ имѣть опубликованіе *въ научной диссертаціи* слѣдующихъ матеріаловъ: Проекта закона о правѣ застройки министра внутреннихъ дѣлъ, Проекта закона о правѣ застройки комиссіи о чиншевомъ правѣ Государственной Думы, Закона о правѣ застройки 22 іюня 1912 года, австрійскаго закона о правѣ застройки 26 апрѣля 1912 г.,, (перепечатаннаго изъ сборника Dietzsch'a), *образца* германскаго договора о правѣ застройки (перепечатаннаго изъ сборника Forchheimer'a), *образца* австрійскаго договора о правѣ застройки (послѣдніе три на нѣмецкомъ языкѣ)? Матеріалы эти не годятся даже и для справочника, такъ какъ не могъ, вѣдь, авторъ предполагать, что его книга станетъ *международнымъ* справочникомъ.

Обратимся же къ разсмотрѣнію самаго текста. Помимо указанныхъ приложеній книга г. Митилино состоитъ изъ предисловія, очерка исторіи происхожденія и развитія современнаго права застройки и 6 главъ, объединенныхъ общимъ заголовкомъ: Право застройки по закону 23 іюня 1912 года. Отмѣченныя 6 главъ содержатъ въ себѣ слѣдующіе пункты: Существо права застройки, отличіе его отъ сродныхъ правоотношеній, опредѣленіе и его элементы, вещный характеръ права застройки, отчуждаемость и наслѣдственность его; субъекты права застройки, кто можетъ устанавливать право застройки и въ чью пользу? права и обязанности собственника земли, обремененной правомъ застройки, правовое положеніе застройщика; объектъ и содержаніе права застройки, объектъ права застройки и предметъ содержанія послѣдняго; юридическое положеніе строеній земельнаго участка, обремененнаго правомъ застройки, право собственности на суперфиціарное зданіе, право застройки и строеніе, воздвигнутое на чужой землѣ застройщикомъ, пра-

вовая судьба строеній по прекращеніи права застройки; установленіе права застройки, его предположенія и формы; способы установленія права застройки, договоръ, завѣщательное распоряженіе, давность, судебное рѣшеніе, срокъ и условіе, вознагражденіе за право застройки, пріобрѣтеніе существующаго права застройки, измѣненіе содержанія его; обремененія права застройки, допустимость и форма ихъ, залогъ права застройки, объемъ правъ залогодержателя, права застройки по прекращеніи послѣдняго, защита права застройки, прекращеніе права застройки и его основанія.

Какъ видно уже изъ этого оглавленія, мы имѣемъ дѣло съ комментаріемъ, въ лучшемъ случаѣ съ учебникомъ права застройки, а не съ диссертаціей, претендующей на новое освѣщеніе затрагиваемыхъ въ ней вопросовъ или дающей какія-либо новыя самостоятельныя научныя построенія. Въ дальнѣйшемъ мы еще болѣе убѣдимся въ правильности только что сказаннаго. Здѣсь же отмѣтимъ только, что въ самомъ оглавленіи встрѣчаются фразы, съ трудомъ понимаемыя. Что, къ примѣру, означаютъ слова «объектъ права застройки и *предметъ содержанія* послѣдняго?»

Переходимъ къ болѣе подробному разбору содержанія книги г. Митилино. Очеркъ исторія происхожденія и развитія современнаго права застройки, занимающій 55 страницъ, представляетъ собою чисто *описательное* изложеніе данныхъ, относящихся къ исторіи нашего института почти во всѣхъ странахъ Европы. При этомъ авторъ во многихъ мѣстахъ ссылается на обильную иностранную литературу. Авторъ, впрочемъ, самъ откровенно указываетъ, что лично не всегда знакомился со всей приводимой имъ литературой, а ссылки на нее заимствовалъ изъ вторыхъ рукъ. Такъ, напр., на стр. 17—18 авторъ, приведя обильную литературу (7 соч.) въ доказательство возможности развитія городовъ только на основѣ длительнаго пользованія чужою землею для застройки, заканчиваетъ: «основные выводы работъ указанныхъ авторомъ мы находимъ въ изложеніи Pesl'a ук. с. стр. 14—34»; на стр. 26, сославшись на рядъ сочиненій, посвященныхъ оцѣнкѣ германскаго права застройки, авторъ добавляетъ: «Приведено у Salomon... стр. 8». Къ тому же далеко нельзя сказать, что авторъ приводитъ всю имѣющуюся литературу вопроса. Такъ, говоря о положеніи нашего института въ Италіи (стр. 41), авторъ не приводитъ

никакой итальянской литературы. А между тѣмъ имѣются двѣ превосходныя итальянскія монографіи, посвященныя праву застройки. Я имѣю въ виду работы Lucci и Coviello въ Archivio Giurdico, т. 49 сл, изъ которыхъ одна по *объему* почти не уступаетъ работѣ г. Митилино. Далѣе отмѣтимъ еще слѣдующее. Конечно, нельзя предписывать автору такъ или иначе расширять кругъ своего изслѣдованія. Однако, если авторъ приводитъ, внѣшнюю, правда, исторію появленія и развитія института въ Римѣ, въ Германіи, Швейцаріи, Австріи, Франціи, Бельгіи, Голландіи, Италіи, Испаніи, Португаліи, Саксоніи, Румыніи, Сербіи, гдѣ институтъ этотъ не получилъ широкаго развитія, то необходимо было привести и соотвѣтственныя данныя, касающіяся той страны, гдѣ нашъ институтъ, подъ наименованіемъ lease hold, существуетъ вѣка и достигъ колоссальнаго распространенія и развитія: я имѣю въ виду Англію, гдѣ въ 1891 г. насчитывалось болѣе 2 милліоновъ домовладѣній, находящихся на чужой землѣ на правѣ застройки. А между тѣмъ нашъ авторъ безъ всякаго объясненія заявляетъ: «ограничивая нашъ обзоръ континентомъ Европы, мы совершенно не касаемся Англіи, гдѣ право застройки—lease hold—является въ городахъ самой распространенной формой землепользованія» (стр. 54). Самъ авторъ въ предисловіи жалуется на крайнюю скудость соотвѣтственной судебной практики. Гдѣ же онъ могъ бы найти судебную практику, болѣе богатую, нежели въ Англіи, въ которой весьма нерѣдки случаи установленія lease на срокъ въ *999* лѣтъ и извѣстны случаи, когда установленное на такой срокъ право застройки прекратилось за истеченіемъ срока. Автору, поставившему себѣ цѣль дать цивилистическое изслѣдованіе института права застройки, англійская судебная практика могла бы дать богатый, неисчерпаемый матеріалъ.

По отношенію къ историческому очерку остается еще добавить, что, иногда отдѣльныя части, нахватанныя изъ разныхъ мѣстъ, между собою несогласованы, а противорѣчія встрѣчаются не только на двухъ, рядомъ находящихся страницахъ, но и на одной и той же страницѣ. Такъ на одной страницѣ (4) читаемъ: «Установить съ *научной точностью время и мѣсто происхожденія* права застройки и прослѣдить исторію его развитія до нашихъ дней, хотя бы въ важнѣйшихъ только государствахъ Европы—это задача самостоятельнаго историческаго изслѣдованія, пока

еще ни въ одной литературѣ не разрѣшенная». А на слѣдующей страницѣ (5) уже говорится, что такъ какъ происхожденіе права застройки, подобно многимъ правовымъ институтамъ, относится къ эпохѣ весьма отдаленной, то вполнѣ естественно. «что *невозможно* говорить съ желаемой точностью о времени и мѣстѣ возникновенія вещнаго, отчуждаемаго и наслѣдственнаго права пользованія землею для застройки, какъ особомъ институтѣ частнаго права». Неужели авторъ отрицаетъ возможность научной исторіи возникновенія любыхъ институтовъ, происхожденіе которыхъ относится къ эпохѣ весьма отдаленной? Авторъ даже противорѣчитъ себѣ на протяженіи нѣсколькихъ строчекъ. Говоря объ основномъ принципѣ римскаго jus civile: superficies solo cedit (стр. 9), онъ заявляетъ: «Такъ какъ основное начало jus civile не могло быть упразднено ни *преторомъ*, ни волей сторонъ, то, очевидно, нужно было для защиты указанныхъ интересовъ создать особую вещно правовую форму»... и, двумя строчками ниже: «эта правовая форма создана была *преторомъ*», при чемъ авторъ совершенно не оттѣняетъ, на что были направлены мѣры защиты, предоставленныя преторомъ: на суперфиціарное право, на земельный участокъ или на возведенныя на послѣднемъ постройки. На стр. 41 читаемъ: «Въ небольшихъ государствахъ Европы право застройки также имѣетъ распространеніе, то какъ институтъ обычно-правовой, то какъ правоотношеніе, признанное и регулируемое закономъ», и въ видѣ одного изъ *двухъ* примѣровъ указывается: «такъ,... *проектъ* Гражд. Уложенія Баваріи регулируетъ Platzrecht (§§ 334—340)».

*(Окончаніе слѣдуетъ).*

Т-во И. Н. КУШНЕРЕВЪ и К°. Москва.

